

Nr
6/2010

ANALIZY
RAPORTY
EKSPERTYZY

Katarzyna Wencel
Witold Klaus

DYSKRYMINACJA
CUDZOZIEMCÓW W POLSCE
W LATACH 2008-2010

Stowarzyszenie
Interwencji
Prawnej

Spis treści

1. Wstęp	3
2. Co to jest dyskryminacja i jak ją rozpoznać	4
3. Zakaz dyskryminacji w przepisach prawnych – krótka charakterystyka	6
3.1. Polskie prawo antydyskryminacyjne	6
3.2. Dyrektywa o przeciwdziałaniu dyskryminacji na tle rasowym, narodowościowym i etnicznym	9
4. Dyskryminacja cudzoziemców w Polsce – analiza wybranych przypadków	11
4.1. Dyskryminacja i molestowanie w miejscu pracy	11
4.2. Niemożność rozpoczęcia działalności gospodarczej	15
4.3. Dyskryminacja przy podejmowaniu działalności gospodarczej	17
4.4. Konieczność uzyskania przez cudzoziemców-absolwentów PAN zezwolenia na pracę	18
4.5. Odmowa przyznania zasiłku rodzinnego	20
4.6. Odmowa przyjęcia cudzoziemców do Ośrodka Interwencji Kryzysowej	23
4.7. Odmowa przyjęcia cudzoziemca w poczet spółdzielni mieszkaniowej oraz wydania zaświadczenia potwierdzającego prawo do lokalu	25
4.8. Nierówne traktowanie w przedmiocie ubiegania się o mieszkania komunalne	27
4.9. Utrudnienia w uzyskaniu numeru PESEL	32
4.10. Przewlekłość procedury wydawania kart pobytu	34
4.11. Niemożność uzyskania przez cudzoziemców z pobytem tolerowanym polskiego dokumentu podróży	36
4.12. Nierówne traktowanie cudzoziemców w urzędach stanu cywilnego	39
4.13. Kontrola legalności pobytu cudzoziemców podczas zawierania ślubów	42
4.14. Odmowa przyjęcia dzieci cudzoziemców do szkoły	44
4.15. Nierówny dostęp dzieci cudzoziemców do opieki zdrowotnej	47
4.16. Organy ścigania a przestępstwa dyskryminacji rasowej	50
4.17. Reklama papy asfaltowej „Czarna Mamba”	53
5. Dyskryminacja cudzoziemców – analiza zjawiska	54
6. Podsumowanie	62
Summary	63
Nota o autorach	64

1. Wstęp

W 2008 r. opublikowaliśmy pierwszy raport dotyczący dyskryminacji cudzoziemców w Polsce, a w ubiegłym roku ukazało się kolejne opracowanie, które spotkało się z dużym zainteresowaniem. W ciągu blisko trzech lat monitorowania przypadków nierównego traktowania z powodu rasy, pochodzenia etnicznego, narodowości czy innego koloru skóry interweniowaliśmy w kilkudziesięciu sprawach, opisanych w niżej prezentowanych „kazusach”. W niniejszym raporcie przedstawiamy łącznie analizy nowych spraw oraz przypadków dyskryminacji prezentowanych w poprzednich raportach¹, uzupełnione o informacje o ich przebiegu i zakończeniu, a także charakterystykę zagadnienia dyskryminacji oraz regulacji prawnych w tym zakresie, (z uwzględnieniem bieżących informacji na temat planowanego w tym roku przyjęcia ustawy równościowej). W opracowaniu, wzorem naszych wcześniejszych raportów, pragniemy skupić się na pokazaniu pewnych cech dyskryminacji cudzoziemców w Polsce. Niestety od 2008 r. nie przybyło danych statystycznych ani badań empirycznych na ten temat. Podczas badania tej problematyki wciąż napotyka się na trudności natury metodologicznej, często osoby ankietowane albo nie rozumieją terminu, którym się posługujemy i w związku z tym nie potrafią zakwalifikować spotykających ich zdarzeń jako dyskryminacyjnych, albo też uważają za dyskryminujące wydarzenia, które za takie uznane być względem prawa nie mogą².

W ostatnich latach powstało w Polsce kilka opracowań dotyczących zagadnień dyskryminacji na tle rasowym, narodowościowym czy etnicznym. Dotyczyły one w dużej mierze zagadnienia traktowania przez polskie społeczeństwo Romów, kwestii związanych z mową nienawiści i stosunkiem Polaków do Żydów³ czy też problematyki mniejszości narodowych w Polsce. Analizie poddawane były zarówno uregulowania prawne, jak i praktyka ich stosowania – poprzez wywiady z przedstawicielami danych grup, analizę akt sądowych oraz doniesień medialnych. Powstały także opracowania dotyczące cudzoziemców, jednak w niewielkim stopniu diagnozowały one zjawisko dyskryminacji w odniesieniu do tej grupy osób⁴. Badano postawy społeczeństwa polskiego wobec osób o innej narodowości lub rasie⁵. W 2009 r. pojawił się obszerny i rzetelnie opracowany raport Instytutu Spraw Publicznych, traktujący o integracji i dyskryminacji, będący zebraniem

¹ W. Klaus, K. Wencel, *Dyskryminacja cudzoziemców w Polsce. Diagnoza sytuacji*, „Analizy Raporty Ekspertyzy”, nr 8/2008 oraz W. Klaus, K. Wencel, *Dyskryminacja cudzoziemców w Polsce 2009*, „Analizy Raporty Ekspertyzy”, nr 7/2009, oba dostępne na: www.interwencjaprawna.pl/projekty-are.html.

² Problem ten dotyczy także zagadnienia udzielania porad z zakresu dyskryminacji. Więcej na ten temat patrz: *Wytyczne na temat prowadzenia poradnictwa w sprawach dotyczących dyskryminacji z powodu pochodzenia etnicznego, rasy lub narodowości*, w: W. Klaus, K. Wencel, *Dyskryminacja cudzoziemców w Polsce. Diagnoza sytuacji*, s. 30–33.

³ W tym zakresie patrz np. inicjatywy oraz publikacje Stowarzyszenia Otwarta Rzeczpospolita na stronie: www.or.org.pl oraz raport: *Dla Tolerancji. Działania Otwartej Rzeczpospolitej 2007*, Warszawa 2008.

⁴ Por. np. M. Bieniecki, J. Frelak, *Non-Poles on the Polish labour market. Problems and Challenges. An overview of the issue of racial/ethnic discrimination in the private sector in Poland*, Gliwice 2005; *Integracja czy dyskryminacja? Polskie wyzwania i dylematy wielokulturowości*, red. K. Iglicka, Warszawa 2003; *Krajobraz dyskryminacji I*, „Raporty Migracyjne” 2003, nr 1; *Krajobraz dyskryminacji II*, „Raporty Migracyjne” 2003, nr 4.

⁵ Ciekawy zbiór badań CBOS można znaleźć na stronie:

http://www.bezuprzedzen.org/dyskryminacja/index.php?dzial=UD_Badania%20op.

zamieszczonych w różnych publikacjach informacji na ten temat⁶, oraz raport Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego o równym traktowaniu w zatrudnieniu⁷. Prezentuje on wyniki monitoringu ogłoszeń o pracę, które – jak przyznają jego autorzy – są niepokojące. Zwracają oni uwagę na fakt, iż świadomość przepisów antydyskryminacyjnych jest wciąż zbyt niska, a zasada równego traktowania nie wydaje się traktowana poważnie. Mimo iż o problemie dyskryminacji mówi się z roku na rok coraz więcej, można odnieść wrażenie, że nie idą za tym zmiany na lepsze. Sytuacja nie zmieniła się także jeśli chodzi o ustawę równościową, nad projektem której polski rząd pracuje już kolejny rok. Poza tym wciąż nie został wyznaczony specjalny organ ds. równego traktowania, mimo iż obowiązek taki nakładają na polskiego ustawodawcę przepisy Unii Europejskiej.

W związku z przytoczonymi powyżej problemami, w niniejszym opracowaniu chcielibyśmy przedstawić zjawisko dyskryminacji w perspektywie różnych spraw, z którymi zgłaszają się cudzoziemcy do Stowarzyszenia Interwencji Prawnej. Podejście takie nie oddaje rzecz jasna całości problemu, ale naświetla najczęściej pojawiające się sytuacje, z jakimi mamy w naszym kraju do czynienia, i pokazuje pewne kierunki, w których należy podejmować działania, by zmienić obecną sytuację. Co ciekawe, w czterech spośród 20 prezentowanych w raporcie spraw, to sami cudzoziemcy zgłaszali problem nierównego traktowania, nazywając określone przepisy czy zachowania dyskryminującymi. Być może te dane nie są wystarczające, by postawić tezę, iż cudzoziemcy mają większą świadomość swoich praw w tym zakresie, lecz pocieszające jest, że przynajmniej kilka osób samodzielnie zasygnalizowało bezprawne działania i zdecydowało się na podjęcie kroków zmierzających do ich zaprzestania.

2. Co to jest dyskryminacja i jak ją rozpoznać

Istnieje wiele definicji dyskryminacji, zawartych w różnych aktach prawnych. Wydaje się, że ideę tego pojęcia najlepiej oddaje definicja, która określa ten stan jako „mniejsze szanse dostępu do rozmaitych dóbr społecznych (wykształcenia, zawodu, majątku, praw politycznych itp.) tylko dlatego, iż ktoś jest członkiem jakiejś grupy będącej przedmiotem stereotypu (przesądów, stygmatyzacji), bez uwzględnienia jego indywidualnych kwalifikacji i zasług”⁸.

Dyskryminacja może przybrać postać bezpośredniej lub pośredniej. Z tą pierwszą mamy do czynienia, gdy ktoś traktowany jest mniej korzystnie, niż inna osoba znajdująca się w podobnej sytuacji. Jest to sytuacja łatwiejsza do identyfikacji. O dyskryminacji pośredniej mówimy natomiast wówczas, gdy dane zachowanie lub przepisy są pozornie neutralne i żadnej osoby ani grupy nie traktują inaczej, jednak po ich

⁶ Ł. Łotocki, *Integracja i dyskryminacja – krajobraz 2009*, „Badania Ekspertyzy Rekomendacje Instytutu Spraw Publicznych”, Warszawa 2009.

⁷ *Równe traktowanie w zatrudnieniu. Przepisy a rzeczywistość*, red. K. Kędziora, K. Śmiszek, M. Zima, Warszawa 2009, dostępny na http://www.ptpa.org.pl/images/publikacje/raport_pdf.pdf.

⁸ *Krajobraz dyskryminacji I...*, op. cit., s. 30; W opracowaniu tym podane są także inne definicje dyskryminacji oraz różne, ciekawe ich podziały. Przytoczone są także definicje tego zjawiska prezentowane w różnych dokumentach międzynarodowych oraz krajowych (*ibidem*, s. 30-38).

bliższym i głębszym zbadaniu okazuje się, że sposób ich sformułowania jest taki, iż negatywne skutki dotyczą jedynie określonej grupy społecznej, bowiem w praktyce tylko ona (lub głównie ona) w takiej sytuacji może się znaleźć. Warto jeszcze dodać, że możemy mieć do czynienia z zachowaniami dyskryminującymi (werbalnymi lub niewerbalnymi), dyskryminującą praktyką (gdy podejmowane są zabronione prawem zachowania), ale także z dyskryminującymi przepisami – nawet natury ustawowej (tzw. dyskryminacją systemową).

Pisząc na temat dyskryminacji cudzoziemców, należy od razu zaznaczyć, że w pewnym zakresie może mieć ona miejsce – dopuszczając ją regulacje prawnomiędzynarodowe. Każde państwo może bowiem w stosunkowo dowolny sposób określić, jakich cudzoziemców chciałoby mieć na swoim terenie. Może w związku z tym wprowadzić różnego rodzaju przepisy, które utrudniają wjazd na jego terytorium, legalizację pobytu cudzoziemca czy też ograniczają jego prawa w danym kraju (szczególnie w zakresie dostępu do zatrudnienia, edukacji, opieki zdrowotnej lub pomocy społecznej). W sumie więc naturalne jest inne traktowanie cudzoziemców.

Jak więc rozróżnić, jakie formy innego traktowania mogą być stosowane, a jakie są niedopuszczalne? Po pierwsze, należy zbadać prawo, poczynając od Konstytucji i umów międzynarodowych oraz przepisów wspólnotowych, i odpowiedzieć na pytanie, czy nie zabrania ono danego postępowania. Po drugie, trzeba sprawdzić przepisy niższego rzędu (krajowe) i sposób, w jaki regulują one daną kwestię. Należy pamiętać, że jeżeli jakieś prawo zostało przyznane pewnej kategorii osób i są one zrównane z obywatelami polskimi w danym zakresie, to powinny być w taki sposób traktowane. Wówczas stosowanie rozróżnienia jest niedopuszczalne.

Mówiąc językiem prawniczym, można powiedzieć, iż u podłoża danego przepisu lub praktyki, które różnicują traktowanie pewnych grup, musi leżeć prawnie uzasadniony i dozwolony cel, a środki, które są używane do jego osiągnięcia, muszą być odpowiednie i konieczne.

Zanim przejdziemy do omawiania zjawiska dyskryminacji cudzoziemców w Polsce, warto parę słów poświęcić postawom polskiego społeczeństwa wobec „obcych”. Z badań wynika, że Polacy są coraz bardziej otwarci na przedstawicieli innej rasy, kultur czy religii (w porównaniu do wyników z początków lat 90. XX w.). Mówi się także, iż polskie społeczeństwo jest w znacznym stopniu homogeniczne i stąd zjawisko dyskryminacji na tle rasowym lub narodowościowym u nas nie występuje. I rzeczywiście – w porównaniu z innymi krajami Unii Europejskiej w Polsce stosunkowo niewiele osób przyznaje się, że było ofiarą tego typu zachowań – w 2008 r. było to 7%, ale wiosną 2009 r. już 10% respondentów. Jest to wynik znacznie niższy, niż średnia europejska, wynosząca w 2008 r. 19%, a w 2009 r. – 16%⁹. Niepokojący jest jednak fakt, iż przy ogólnym spadku tego rodzaju zachowań w Unii, w Polsce nastąpił ich wzrost. Może wynikać on z pogłębienie-

⁹ Por. *Discrimination in the European Union. Perceptions and experiences of discrimination in the areas of housing, healthcare, education, and when buying products or using services, Analytical report*, „Flash Eurobarometer” 2008, nr 232, s. 52, *Discrimination in the EU in 2009*, „Special Eurobarometer” 2009, nr 317, s. 23.

nia wiedzy społeczeństwa na temat zagadnienia dyskryminacji, niewykluczone jednak, iż po prostu odnotowuje się coraz więcej przypadków dyskryminujących zachowań. Jest to znaczny odsetek wskazań – biorąc właśnie pod uwagę stosunkowo jednolitą strukturę naszego społeczeństwa¹⁰. Te przeprowadzone w 2008 r. i 2009 r. badania Eurobarometru pokazują, że Polacy częściej niż ogół Europejczyków nie boją się mieć za sąsiada osoby innego wyznania lub odmiennego pochodzenia etnicznego, podobnie nie odczuwaliby niechęci, gdyby wysoki rangą polityk takie cechy posiadał. Być może wynika to z faktu, iż taka możliwość pozostaje w dużym stopniu w sferze abstrakcji, bowiem Polacy w zdecydowanie mniejszym stopniu stykają się z migrantami, rzadko widują ich na ulicach (np. mają decydowanie mniej znajomych wywodzących się spośród takich osób w porównaniu z przedstawicielami innych państw)¹¹. Nasi rodacy uważają także, że cudzoziemcy nie stanowią problemu społecznego – to odróżnia nas od wielu społeczeństw Unii Europejskiej¹², jednakże wciąż jesteśmy niechętni określonym grupom narodowościowym i etnicznym. Warto w tym miejscu przywołać najnowszy sondaż CBOS, który w styczniu 2010 r. badał stosunek Polaków do innych narodów¹³. Co ciekawe, po raz pierwszy analizie poddany został stosunek do Czeczenów, którzy są jednym z narodów mało lubianych, podobnie jak Wietnamczycy, Turcy, Rumuni, Arabowie i Romowie. Paradoksalnie, przedstawiciele narodów, którzy mieszkają w Polsce najpowszechniej, częściej wzbudzają niechęć respondentów (wyjątkiem są tu Arabowie).

3. Zakaz dyskryminacji w przepisach prawnych – krótka charakterystyka

3.1. Polskie prawo antydyskryminacyjne

Pod pojęciem „polskiego prawa antydyskryminacyjnego” można rozumieć zbiór przepisów dotyczących zakazu dyskryminacji, zawartych w kilku aktach prawnych. W Polsce nie została jak dotąd przyjęta jedna ustawa równościowa, która kompleksowo normowałaby kwestie odnoszące się do przeciwdziałania i zwalczania zjawiska dyskryminacji, w tym z powody rasy, narodowości lub pochodzenia etnicznego. Prawo krajowe jest w dużej mierze wynikiem dostosowania się do standardów Unii Europejskiej, ale również podpisania szeregu konwencji organizacji międzynarodowych, np. Organizacji Narodów Zjednoczonych czy Międzynarodowej Organizacji Pracy.

¹⁰ Zgodnie z danymi OECD migranci stanowią zaledwie 0,2% społeczeństwa (*International Migration Outlook*, OECD 2010, s. 232), choć ONZ podaje, że jest to 2,2% (*Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision*, dostępny na stronie: <http://esa.un.org/migration/index.asp?panel=2>).

¹¹ Por. *Discrimination in the European Union 2008. Results for Poland*, dostępne na stronie: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_296_sheet_pl.pdf oraz *Discrimination in the EU in 2009*, dostępne na stronie: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_317_fact_pl_en.pdf.

¹² Por. np. M. Lesińska, *Populizm a kwestia migracji we współczesnej Europie*, w: *Populizm w Europie. Defekt i przejaw demokracji*, red. J-M. De Waele, A. Pacześniak, Warszawa 2010.

¹³ CBOS, *Stosunek Polaków do innych narodów*, BS/12/2010, Warszawa, styczeń 2010, http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2010/K_012_10.PDF.

Zakaz dyskryminacji znajdziemy przede wszystkim w **Konstytucji RP**¹⁴, która w art. 32 stanowi, iż wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Zakazana jest dyskryminacja w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. Konstytucja zapewnia wszystkim znajdującym się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej – także cudzoziemcom – korzystanie z praw i wolności przez nią gwarantowanych. Mogą istnieć pewne wyjątki od tej zasady, muszą jednak być one uregulowane ustawą (art. 37). Konstytucja w art. 13 wprowadza również zakaz istnienia partii politycznych i innych organizacji odwołujących się w swoich programach do totalitarnych metod, nazizmu, faszyzmu i komunizmu oraz takich, których program lub działalność zakłada bądź dopuszcza nienawiść rasową i narodowościową. Ponadto osoby należące do mniejszości narodowych i etnicznych zagwarantowaną mają wolność zachowania i rozwoju własnego języka, obyczajów, tradycji oraz kultury (art. 35).

Aktem prawnym, najpełniej odzwierciedlającym dorobek Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, jest **kodeks pracy**¹⁵, w którym znajdziemy wyraźny zakaz wszelkich form dyskryminacji (bezpośredniej oraz pośredniej) w zatrudnieniu m.in. ze względu na rasę, narodowość, religię czy pochodzenie etniczne (art. 18^{3a} k.p.). Zabronione są również zachowania skutkujące naruszeniem godności pracownika polegające na jego upokorzeniu czy też zachowania o charakterze seksualnym (molestowanie seksualne – art. 18^{3a} § 6 k.p.). Kodeks pracy stanowi, iż przejawem dyskryminacji jest także niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery (molestowanie – art. 18^{3a} § 5 pkt 2 k.p.). Naruszeniem zasady równego traktowania w zatrudnieniu jest różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika z jednej lub kilku ww. przyczyn, którego skutkiem jest m.in. odmowa nawiązania albo rozwiązania stosunku pracy, niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia bądź pominięcie przy awansowaniu czy przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą (chyba że pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami) (art. 18^{3b} § 1 k.p.).

Mogą jednak mieć miejsce pewne działania pracodawcy, które nie naruszają zasady równego traktowania, tj. m.in. odmowa zatrudnienia pracownika z jednej lub kilku ww. przyczyn, jeżeli jest to uzasadnione ze względu na rodzaj pracy, warunki jej wykonywania bądź wymagania zawodowe stawiane pracownikom, stosowanie środków, które różnicują sytuację prawną pracownika, uprzywilejowując go ze względu na ochronę rodzicielstwa, wiek lub niepełnosprawność pracownika (art. 18^{3b} § 2 k.p.). Nie narusza zasady równego traktowania także tzw. dyskryminacja pozytywna (art. 18^{3b} § 3 k.p.) czy różnicowanie pracowników ze względu na religię, jeśli w związku z rodzajem i charakterem działalności prowadzonej w ramach kościołów i

¹⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹⁵ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 1998 r., nr 21, poz. 94 ze zm.). Więcej o polskich przepisach w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu patrz: I. Kotiuk, *Polskie przepisy antydyskryminacyjne w odniesieniu do zatrudnienia cudzoziemców w Polsce*, w: *Migranci na polskim rynku pracy. Rzeczywistość, problemy, wyzwania*, red. W. Klaus, Warszawa 2007; I. Kotiuk, *Polskie przepisy antydyskryminacyjne w kodeksie pracy*, w: *Równoprawienie kobiet i mężczyzn na rynku pracy w praktyce*, Warszawa 2005.

innych związków wyznaniowych religia lub wyznanie stanowi istotne, uzasadnione i usprawiedliwione wymaganie zawodowe (art. 18^{3b} § 4 k.p.).

Osoby zatrudnione mają prawo do takiego samego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości (art. 18^{3c} § 1 k.p.), za jaką uważa się pracę, której wykonywanie wymaga od pracowników porównywalnych kwalifikacji zawodowych czy też porównywalnej odpowiedzialności i wysiłku (art. 18^{3c} § 3 k.p.).

Jeśli pracodawca naruszył wobec pracownika zasadę równego traktowania, ma on prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę (art. 18^{3d} k.p.). Warto podkreślić, że prawo pracy chroni osobę domagającą się równego traktowania przed represjami ze strony pracodawcy – jeżeli pracownik dochodzi swoich praw z tytułu naruszenia zasady równego traktowania, pracodawca nie może rozwiązać z nim stosunku pracy (art. 18^{3e} k.p.).

Ponadto zgodnie z ustawą o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy¹⁶, zakazane jest ogłaszanie dyskryminujących informacji o wolnych miejscach w zatrudnieniu. Informując o wolnych miejscach pracodawcy nie mogą zatem formułować wymagań dyskryminujących kandydatów m.in. ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość lub wyznanie religijne (art. 36 § 5 ustawy)¹⁷.

Osoby, które stały się ofiarami dyskryminacji, mogą dochodzić swoich praw również na gruncie **prawa cywilnego**. Zgodnie z art. 24 kodeksu cywilnego¹⁸ każdy, czyje dobra osobiste zostały naruszone, może żądać odszkodowania lub zadośćuczynienia za poniesioną szkodę bądź krzywdę. Ma także prawo żądać naprawienia szkody wyrządzonej przez drugą osobę z jej winy (art. 415 k.c.). Ponadto kodeks cywilny daje możliwość uzyskania odszkodowania za szkodę, która skutkuje uszkodzeniem ciała czy pogorszeniem zdrowia oraz zadośćuczynienia za doznaną krzywdę (art. 444 i 445 k.c.).

Pewne zachowania mogą również stanowić naruszenie **prawa karnego**. I tak zgodnie z kodeksem karnym¹⁹ przestępstwem jest użycie przemocy lub groźby bezprawnej albo nawoływanie do ich użycia wobec osoby z powodu jej przynależności do mniejszości narodowej bądź etnicznej (art. 119 k.k.). Ponadto zabronione jest nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, rasowych, etnicznych czy wyznaniowych oraz publiczne znieważanie lub naruszanie nietykalności innych osób z tych właśnie przyczyn (art. 256 i 257 k.k.). Przestępstwa te nazywane są także przestępstwami motywowanymi nienawiścią (*hate crimes*)²⁰. W 2010 r. weszły w życie zmiany wprowadzone nowelizacją kodeksu karnego. Obecnie zakazane jest także rozpowszechnianie, produkowanie, utrwalanie lub sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie,

¹⁶ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2004 r., nr 99, poz. 1001 ze zm.).

¹⁷ Np. spośród 60 727 ogłoszeń o pracę przeanalizowanych w 2009 r. w 24 628 stwierdzono nieprawidłowości, które mogły prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu – w 139 ogłoszeniach ze względu na narodowość (1%), za: *Równe traktowanie w zatrudnieniu...*, s. 11.

¹⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., nr 16, poz. 93 ze zm.).

¹⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.).

²⁰ Więcej na ten temat: A. Szul-Szywała, *Przestępstwa z nienawiści w polskim prawie, w: Przemoc motywowana uprzedzeniami. Przestępstwa z nienawiści*, red. A. Lipowska-Teutsch, E. Ryłko, Kraków 2007.

posiadanie, prezentowanie, przewożenie lub przesyłanie dźwięku, nagrania lub innego przedmiotu, zawierających ww. treści albo propagujące ideologię faszystowską czy komunistyczną. W razie skazania sąd orzeka przepadek takich przedmiotów, nawet jeśli nie stanowią one własności sprawcy²¹.

3.2. Dyrektywa o przeciwdziałaniu dyskryminacji na tle rasowym, narodowościowym i etnicznym

Jednym z filarów europejskiego prawa antydyskryminacyjnego jest dyrektywa Rady Nr 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r., wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne. Ma ona zastosowanie w przypadku dyskryminacji wyłącznie z powodu pochodzenia rasowego lub etnicznego; nie obejmuje sytuacji nierównego traktowania z powodu płci, niepełnosprawności, orientacji seksualnej czy innych przyczyn.

Dyrektywa wyjaśnia pojęcie dyskryminacji – zasady równego traktowania, dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej oraz molestowania. I tak zasada równego traktowania oznacza brak jakichkolwiek form bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe bądź etniczne. Przez dyskryminację bezpośrednią należy rozumieć sytuację, gdy ze względu na ww. powody osoba traktowana jest mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w podobnej sytuacji. Natomiast z dyskryminacją pośrednią mamy do czynienia, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka może doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego w stosunku do innych osób. Do dyskryminacji nie dojdzie, jeżeli taki przepis, kryterium lub praktyka jest obiektywnie uzasadniona prawnie dopuszczalnym celem, a środki mające służyć jego osiągnięciu są odpowiednie i konieczne. Za formę dyskryminacji uważa się również molestowanie, czyli niepożądane zachowanie związane z pochodzeniem rasowym lub etnicznym, którego celem bądź skutkiem jest naruszenie godności osoby i stworzenie onieśmielającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. Dyskryminacją jest także zmuszanie do zachowań dyskryminacyjnych w stosunku do innych osób ze względu na ich pochodzenie rasowe lub etniczne (art. 2 dyrektywy).

Przepisy dyrektywy mają zastosowanie zarówno do sektora publicznego, jak i prywatnego; w odniesieniu do warunków dostępu do zatrudnienia, prowadzenia własnej działalności gospodarczej (w tym rekrutacji i zasad awansu), poradnictwa zawodowego, warunków pracy, uczestnictwa w związkach zawodowych, ochrony społecznej (zabezpieczenia społecznego, opieki zdrowotnej), świadczeń społecznych, edukacji, a także dostarczania oraz dostępu do dóbr i usług (w tym zakwaterowania).

Dyrektywa wprowadza wyjątki od zasady równego traktowania. Po pierwsze, dyskryminacją nie będzie odmienne traktowanie, jeżeli ze względu na rodzaj działalności zawodowej pewne cechy są istotnym wymogiem zawodowym (tzw. istotne i determinujące wymagania zawodowe). Cel takiego działania musi

²¹ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Kodeks karny wykonawczy, ustawy - Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1589.

być jednak prawnie uzasadniony, a wymóg proporcjonalny (art. 4 dyrektywy). Zgodnie z art. 5 dyrektywy dopuszczalne jest stosowanie środków, mających na celu zapobieganie lub wyrównywanie niedogodności związanych z pochodzeniem rasowym lub etnicznym (tzw. dyskryminacja pozytywna). Rozwiązania takie mogą być stosowane jedynie przez pewien czas, tak aby praktyka wspierania grup mniejszościowych nie przerodziła się w dyskryminację grupy większościowej. Kraje UE zachowują również prawo do różnego traktowania własnych obywateli i cudzoziemców w zakresie polityki migracyjnej – wjazdu oraz pobytu na swoim terytorium obywateli państw trzecich.

Z punktu widzenia osoby, która stała się ofiarą dyskryminacji z powodu pochodzenia rasowego lub etnicznego, istotna jest zasada odwróconego ciężaru dowodu. Oznacza ona, że pokrzywdzony, dochodzący swoich praw w toku postępowania, powinien przedstawić fakty, na podstawie których uprawdopodobni jedynie (a nie dowiedzie), że stał się ofiarą dyskryminacji. Natomiast ciężar udowodnienia, że nie doszło do dyskryminacji, spoczywa na stronie pozwanej. Ponadto dyrektywa wymaga od państw członkowskich UE, aby w swoich systemach prawnych zagwarantowały ofiarom dyskryminacji ochronę przed represjami, tj. negatywną reakcją na złożoną skargę czy fakt wszczęcia postępowania z powodu naruszenia zasady równego traktowania.

Dyrektywa wprowadza również obowiązek wyznaczenia przez państwa członkowskie specjalnego organu ds. równego traktowania. Powinien on spełniać kryterium niezależności, tj. powinien świadczyć ofiarom dyskryminacji niezależną pomoc w składaniu skarg, prowadzić niezależne badania nad dyskryminacją oraz publikować niezależne sprawozdania i zalecenia w tej kwestii. Organ taki może wchodzić w skład istniejących już w kraju instytucji zajmujących się ochroną praw człowieka lub obywatela (jednak w praktyce jest to rozwiązanie niezwykle rzadkie, zastosowane jedynie w czterech państwach UE – w Grecji, Czechach, na Cyprze oraz Łotwie).

Państwa członkowskie zobowiązane zostały również do zapewnienia w swoich systemach procedur sądowych lub administracyjnych, na drodze których ofiara dyskryminacji mogłaby dochodzić swoich praw z tytułu naruszenia zasady równego traktowania. Ponadto każde państwo członkowskie powinno zapewnić podmiotom (np. organizacjom pozarządowym) działającym w zakresie przeciwdziałania i zwalczania dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne możliwość wszczynania lub przyłączania się do postępowań sądowych i administracyjnych w sprawach, w których doszło do naruszenia zasady równego traktowania.

Wymogi ustanowione przez dyrektywę są standardami minimalnymi, co oznacza, że państwo członkowskie może wprowadzić szerszą ochronę prawną i korzystniejsze rozwiązania w zakresie przeciwdziałania oraz zwalczania dyskryminacji z ww. powodów. Każdy kraj UE raz na pięć lat zobowiązany jest przedstawić Komisji Europejskiej informacje na temat stosowania dyrektywy – najbliższy termin takiego sprawozdania mija w 2010 r.

W tym miejscu należy podkreślić, że do dzisiaj w Polsce nie została przyjęta ustawa równościowa, która wdrażałaby w pełni postanowienia dyrektyw unijnych. W maju 2010 r. Polska została pozwana przez Komisję Europejską przed Europejski Trybunał Sprawiedliwości za niepełną implementację dyrektywy 2000/43/WE. Jeszcze w tym samym miesiącu rząd przedstawił kolejny projekt ustawy równościowej²² – zwanej ustawą o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. W czerwcu projekt został skierowany do uzgodnień międzyresortowych i konsultacji społecznych, uwagi zgłosił m.in. Rzecznik Praw Obywatelskich, związki zawodowe, Episkopat Polski (przeciwstawiający się w ogóle przyjęciu prawa antydyskryminacyjnego) oraz kilkadziesiąt organizacji pozarządowych, skupionych w nieformalnej Koalicji na Rzecz Równych Szans.

Projekt ustawy niestety nie odpowiada wymogom dyrektyw równościowych, ponadto jest nieczytelny i nieprecyzyjny. Funkcję organu ds. równego traktowania powierza Rzecznikowi Praw Obywatelskich, który miałby realizować nowe zadania „bezkosztowo”. Wprowadza ograniczony i zamknięty katalog przesłanek, z powodu których można doznać dyskryminacji, poza tym nie reguluje takich kwestii, jak dyskryminacja przez asocjację czy dyskryminacja wielokrotna. Istnieje zatem realna obawa, że przyjęcie ustawy w proponowanym kształcie nie wzmocni wystarczająco przestrzegania zasady równego traktowania w różnych sferach życia społecznego cudzoziemców, osób o innym pochodzeniu rasowym lub etnicznym²³. W sierpniu projekt został przyjęty przez Radę Ministrów. Uwagi zgłoszone przez organizacje pozarządowe nie zostały w nim w zasadzie uwzględnione (poza kosmetycznymi zmianami).

4. Dyskryminacja cudzoziemców w Polsce – analiza wybranych przypadków²⁴

4.1. Dyskryminacja i molestowanie w miejscu pracy

Stan faktyczny

W 2009 r. do Stowarzyszenia zgłosił się pan Sasza, twierdząc, iż stał się ofiarą dyskryminacji w miejscu pracy. Był on zatrudniony w restauracji na umowę o pracę na czas określony. W jego odczuciu przełożeni oraz współpracownicy traktowali go gorzej, niż innych tam zatrudnionych – Polaków. Pan Sasza był wyzywany, upokarzany, zlecano mu do wykonania trudniejsze prace, niż innym pracującym na podobnym stanowisku. Jego grafik pracy był mniej korzystny od współpracowników – godziny pracy obejmowały zazwyczaj noce lub weekendy, kiedy w restauracji było najwięcej pracy. Kiedy zgłosił pracodawcy problem i poinformował, iż czuje się dyskryminowany, atmosfera w pracy wręcz pogorszyła się. Pewnego dnia pan Sasza zastał na swoim stanowisku pracy kartkę z napisem „witaj w piekle”.

²² Projekt ustawy z dnia 21 maja 2010 r. wraz z uwagami przedstawionymi w ramach uzgodnień międzyresortowych i konsultacji społecznych dostępny jest na stronie http://bip.kprm.gov.pl/kprm/dokumenty/61_3646.html.

²³ Uwagi do projektu ustawy – stanowisko Koalicji dostępne jest m.in. na stronie http://www.interwencjaprawna.pl/docs/19_06_2010_stanowisko_koalicji.pdf.

²⁴ Imiona osób występujących w kazusach zostały zmienione.

Innym klientem Stowarzyszenia jest pan Mahmudi. Jest on Arabem, a także jedynym obcokrajowcem i jedynym mężczyzną zatrudnionym w firmie, zaś jego pracodawca pochodzi z Izraela. Pan Mahmudi skarżył się na nierówne traktowanie, mobbing i molestowanie ze strony przełożonego, jakich doświadcza w miejscu pracy, przejawiające się m.in. niższym wynagrodzeniem w porównaniu do innych pracowników zatrudnionych na podobnych stanowiskach oraz mniej korzystnym sposobie udzielania urlopu wypoczynkowego. Wkrótce został zwolniony z pracy.

W 2010 r. do Stowarzyszenia zgłosiło się także dwóch innych cudzoziemców mających problem w związku z zatrudnieniem, polegający na tym, że pracodawca podpisuje z nimi kolejne umowy o pracę na czas określony – do terminu upływu ważności karty pobytu, mimo że mógłby podpisać umowę na czas nieokreślony.

Diagnoza stanu prawnego

Zgodnie z art. 32 Konstytucji wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy Rady 2000/43/WE zakazana jest m.in. dyskryminacja bezpośrednia, która ma miejsce, gdy ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne osoba traktowana jest mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w podobnej sytuacji. Przepisy te stosuje się do wszystkich osób, zarówno sektora publicznego, jak i prywatnego, włącznie z instytucjami publicznymi, w odniesieniu do m.in. warunków zatrudnienia i pracy, łącznie z warunkami zwalniania i wynagradzania (art. 3 ust. 1 lit. c).

Art. 18^{3a} § 1 kodeksu pracy stanowi, iż pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. Zgodnie z § 2 równe traktowanie w zatrudnieniu oznacza niedyskryminowanie w jakikolwiek sposób, bezpośrednio lub pośrednio, z przyczyn określonych w § 1. Z kolei § 3 stanowi, iż dyskryminowanie bezpośrednio istnieje wtedy, gdy pracownik z jednej lub z kilku przyczyn określonych w § 1 był, jest lub mógłby być traktowany w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy.

Zgodnie z art. 18^{3a} § 5 pkt 1 kodeksu pracy molestowanie polega na niepożądanym zachowaniu, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery (molestowanie). Art. 18^{3a} § 7 stanowi wyraźnie, iż podporządkowanie się przez pracownika molestowaniu, a także podjęcie przez niego działań przeciwstawiających się molestowaniu, nie może powodować jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec niego. Zachowanie przełożonych i pracowników względem pana Saszy nosi znamiona zarówno dys-

kryminacji bezpośredniej ze względu na narodowość, jak i molestowania w miejscu pracy. Pan Sasza odczuwał wrogą atmosferę, nie był także traktowany na równi z innymi. Działania dyskryminujące nasiliły się po próbie przeciwstawienia się bezprawnym praktykom i zwrócenia uwagi na zaistniały problem. Ponadto pracodawca ani wcześniej, ani tym bardziej po otrzymaniu informacji o dyskryminujących praktykach w stosunku do pana Saszy nie wdrożył w miejscu pracy polityki mającej na celu przeciwdziałanie dyskryminacji.

Za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu uważa się także różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1, którego skutkiem jest w szczególności niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia albo pominięcie przy awansie lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą (art. 18^{3b} § 1 pkt 2 kodeksu pracy).

Praktyka podpisywania z cudzoziemcem kolejnych umów na czas określony w sytuacji, gdy *de facto* praca świadczona jest ciągle (z 2–4 tygodniowymi przerwami na czas uzyskania nowej karty pobytu) na tym samym stanowisku, a warunki zatrudnienia nie ulegają zmianie, jest niezgodna z prawem i stanowi naruszenie zasady równego traktowania. Jeżeli z innymi pracownikami – obywatelami polskimi, wykonującymi pracę o zbliżonym charakterze na podobnych stanowiskach, podpisywane są umowy na czas nieokreślony, działanie pracodawcy w stosunku do cudzoziemca stanowi dyskryminację ze względu na jego narodowość lub pochodzenie etniczne. Gdyby bowiem stosować takie same warunki zatrudnienia, z Polakami również powinny być podpisywane umowy na czas określony – datą graniczną powinna być data upływu terminu ważności ich dowodów osobistych. Tymczasem na skutek takich działań pracownik – cudzoziemiec traci na kilka tygodni ubezpieczenie zdrowotne i wszystkie prawa przysługujące mu z racji zatrudnienia.

Osoba, która otrzymała status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, jest w Polsce legalnie. Wydaje się jej kartę pobytu ważną dwa lata, którą po upływie terminu ważności jest ona zobowiązana wymienić na nową. Karta pobytu potwierdza dane cudzoziemca, ale nie statuuje legalności jego pobytu w Polsce (jedynie stwierdza ją deklaratorywnie). Cudzoziemiec nie może jednak wcześniej wystąpić o nową kartę, np. na trzy miesiące przed upływem terminu, aby „szybciej” ją otrzymać. Na wydanie karty czeka się ok. 4–6 tygodni. Na ten czas cudzoziemcowi wydaje się zaświadczenie, że oczekuje na kartę i przysługują mu wówczas te same uprawnienia jak w przypadku, gdy legitymuje się kartą pobytu. Oznacza to, że cudzoziemiec może podpisać umowę cywilnoprawną lub umowę o pracę, również na okres dłuższy niż ten, na który została wydana karta pobytu. Pracodawca może także podpisać z nim umowę na czas nieokreślony, a fakt oczekiwania na nową kartę nie wpływa na legalność zatrudnienia ani jego pobytu w Polsce.

Podjęte działania

Do pracodawcy skierowane zostało pismo informujące, iż pan Sasza czuje się dyskryminowany i molestowany w miejscu pracy oraz wzywające do zaprzestania dyskryminujących działań. W piśmie zaproponowano

polubowny sposób załatwienia sprawy. Kiedy sytuacja w miejscu pracy nie poprawiła się, a wręcz pogorszyła, złożony został pozew do sądu pracy oraz wnioski o przyłączenie Stowarzyszenia do postępowania sądowego. Pracodawca wystosował odpowiedź na pozew, wnosząc o jego oddalenie i zaprzeczając, jakoby pan Sasza był gorzej traktowany od innych pracowników. Jednocześnie przeprosił za zaistniałą sytuację i nieprzyjemną atmosferę w pracy. Cudzoziemcowi nie przedłużono umowy o pracę.

Panu Mahmudi udzielono informacji na temat przysługujących mu praw i wyjaśniono, na czym polega zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu. Cudzoziemiec po zwolnieniu z pracy zdecydował się wystąpić na drogę sądową i złożony został przeciwko pracodawcy pozew o odszkodowanie. W dwóch pozostałych sprawach wystosowane zostały do pracodawców pisma wyjaśniające przepisy dotyczące równego traktowania w zatrudnieniu oraz prawa przysługujące cudzoziemcom w Polsce.

Skutek podjętych działań

Podczas rozprawy pan Sasza przedstawił swoje zarzuty. Sąd zaproponował stronom zawarcie ugody, jednak pracodawca uznał roszczenia pana Saszy za bezpodstawne i nie wyraził chęci polubownego załatwienia sporu. Panu Saszy przyznany został radca prawny z urzędu, który reprezentował go na kolejnej rozprawie. Przesłuchany został przełożony pana Saszy, który zaprzeczył, jakoby cudzoziemiec był gorzej traktowany od innych. Z uwagi na niestawiennictwo drugiego z wezwanych świadków i powoda rozprawa odroczone została o kolejnych kilka miesięcy. Pełnomocnik pana Saszy złożył pismo procesowe i wniosek o przesłuchanie innych osób w związku z prowadzoną sprawą. Na kolejnych rozprawach przesłuchani zostali świadkowie oraz powód, jednak z powodu niestawiennictwa jednego ze świadków rozprawa została ponownie odroczone.

Wnioski

Polskie prawo pracy zakazuje dyskryminacji w zatrudnieniu m.in. ze względu na narodowość. Nie można zaakceptować sytuacji, kiedy osoby o innej narodowości, znajdujące się w podobnej sytuacji co obywatele polscy, są gorzej traktowane, wykorzystywane i wyśmiewane w miejscu pracy. Przykre jest to, że pracodawca po otrzymaniu od pracownika informacji, iż czuje się dyskryminowany, w żaden sposób nie zareagował na zaistniały problem, a gdy rozpoczęło się postępowanie sądowe, nie skorzystał z możliwości polubownego załatwienia sprawy. Pracodawca zobowiązany jest zapewnić takie same warunki zatrudnienia (wynagrodzenie, nagrody, awans i przydział urlopu) osobom wykonującym taką samą pracę, zatrudnionym na podobnych stanowiskach, niezależnie od tego czy są Polakami, czy cudzoziemcami. Absolutnie niedopuszczalne jest tworzenie wrogiej, zastraszającej atmosfery pracy w stosunku do jakiegokolwiek pracownika, także osoby o innej narodowości, czy pochodzeniu etnicznym.

Z cudzoziemcami, którzy otrzymali w Polsce status uchodźcy lub ochronę międzynarodową, pracodawca może bez przeszkód podpisać umowę o pracę, również na czas nieokreślony, niezależnie od tego, kiedy traci ważność dotychczasowa karta pobytu cudzoziemca. Podpisywanie kolejnych umów krótkotermi-

nowych w sytuacji, gdy taka praktyka ma miejsce wyłącznie w stosunku do osób o innym pochodzeniu rasowym, etnicznym lub narodowości i nie jest obiektywnie uzasadniona, jest dyskryminacją i stanowi naruszenie obowiązującego w Polsce prawa.

4.2. Niemożność rozpoczęcia działalności gospodarczej

Stan faktyczny

Pan Abdullah, obywatel Egiptu, przebywający w Polsce na podstawie przyznanego mu statusu uchodźcy, w 2008 r. wygrał zorganizowany przez urząd m.st. Warszawy przetarg na wynajem lokalu użytkowego w celu prowadzenia działalności gastronomicznej. Uzyskał on wszystkie niezbędne pozwolenia oraz podpisał umowę najmu z władzami dzielnicy, w której miała być prowadzona działalność. Następnie podjął konieczne i prawem wymagane działania, mające na celu przygotowanie wynajętego lokalu do prowadzenia punktu gastronomicznego – restauracji sprzedającej kebab i inne potrawy kuchni arabskiej.

Wspólnota mieszkaniowa budynku, w którym mieścił się lokal, zaczęła jednak utrudniać panu Abdullahowi wykonywanie uprawnień wynikających z podpisanej umowy – m.in. nie zezwoliła na udostępnienie dachu firmie budowlanej, mającej uszczelnić przewód kominowy. Wykonanie tych prac było niezbędne do zamontowania urządzeń wentylacyjnych, koniecznych do bezpiecznego użytkowania lokalu gastronomicznego i stanowiło wymóg przepisów sanitarnych. Ponadto uszczelnienie przewodów kominowych służyłoby mieszkańcom bloku, bowiem dzięki nim nie byłoby czuć zapachów kuchennych.

Cudzoziemiec poinformował o tych utrudnieniach urząd dzielnicy – zarządcę lokalu działającego w imieniu właściciela, zwracając się z prośbą o pomoc w egzekucji swych praw. Został jednak pisemnie poinformowany, że to on jest zobowiązany do uzyskania zgody wspólnoty mieszkaniowej na uszczelnienie przewodu kominowego oraz na dokonanie ewentualnych innych prac remontowo-budowlanych.

Diagnoza stanu prawnego

Zgodnie z art. 32 Konstytucji RP wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. W stosunku do cudzoziemców Konstytucja wprowadza wyjątek od zasady korzystania z wolności i praw zapewnionych w Konstytucji, odsyłając do regulacji ustawowych. W przedstawianej sprawie przepisy ustaw nie wprowadzają jednak innego traktowania obywateli polskich i obywateli innych narodowości. Uznać zatem należy, że w stosunku do cudzoziemca zastosowanie ma art. 64 Konstytucji, stanowiący, że każdy ma prawo do własności, innych praw majątkowych (w omawianym przypadku chodzi właśnie o inne prawa majątkowe) oraz że uprawnienia te podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej.

Zgodnie z art. 662 § 1 kodeksu cywilnego wynajmujący, w tym przypadku urząd m.st. Warszawy, powinien zagwarantować najemcy spokojne używanie lokalu w czasie trwania stosunku najmu zgodnie z

celami przewidzianymi w umowie. Na podstawie art. 684 k.c. najemca ma natomiast prawo do założenia w lokalu niezbędnych urządzeń – w omawianym przypadku wentylacyjnych – i ma prawo wymagać w tym zakresie współdziałania wynajmującego, zatem urzędu miasta. To na urzędzie ciąży więc obowiązek przekonania wspólnoty mieszkaniowej (której jest członkiem) do umożliwienia panu Abdullahowi wykonania remontu.

Ponadto zgodnie z art. 13 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej²⁵ osoby, które posiadają w Polsce status uchodźcy²⁶, mogą podejmować i wykonywać działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na takich samych zasadach jak obywatele polscy. Wyżej opisane działanie nosi zatem znamiona dyskryminacji z powodu narodowości, rasy lub pochodzenia etnicznego cudzoziemca i jest prawnie nieuzasadnione.

Podjęte działania

Stowarzyszenie Interwencji Prawnej na podstawie art. 221 i art. 249 kodeksu postępowania administracyjnego zwróciło się do władz dzielnicy, jako właściciela lokalu, z wnioskiem o podjęcie stosownych działań w celu ochrony praw Pana Abdullaha. Władze dzielnicy odpowiedziały na pismo Stowarzyszenia informując, że zostały podjęte rozmowy z cudzoziemcem w celu usunięcia przeszkód do rozpoczęcia przez niego działalności gospodarczej.

Skutek podjętych działań

Pan Abdullah został zaproszony do uczestniczenia w spotkaniu z władzami dzielnicy, których celem było omówienie zaistniałych trudności. W spotkaniu wziął udział również przedstawiciel Stowarzyszenia. Ustalono, że urząd miasta podejmie stosowne kroki prawne przeciwko wspólnotie mieszkaniowej w celu przeciwdziałania utrudnieniom w korzystaniu z lokalu. Mając na względzie fakt, iż procedury prawne mogą okazać się przewlekłe, władze dzielnicy zaoferowały cudzoziemcowi zastępczy lokal w miejsce tego, o który toczył się spór. Cudzoziemiec wstępnie przystał na tę propozycję, jednak okazało się, że koszty utrzymania nowego, przydzielonego przez dzielnicę lokalu były zbyt wysokie i musiał odmówić jego przyjęcia. Władze dzielnicy nie zaproponowały innego lokalu. Z tego względu Pan Abdullah postanowił wstąpić na drogę prawną przeciwko władzom dzielnicy o niedotrzymanie przez nie warunków przetargu oraz niezapewnienie mu spokojnego używania lokalu zgodnie z zawartą umową najmu.

²⁵ Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.

²⁶ Na takich samych zasadach są traktowani obywatele oraz firmy z państw Unii Europejskiej, Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), do którego należą Norwegia, Islandia, Szwajcaria i Liechtenstein, oraz obywatele i firmy z państw niebędących stronami umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, które mogą korzystać ze swobody przedsiębiorczości na podstawie umów zawartych przez te państwa ze Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi.

4.3. Dyskryminacja przy podejmowaniu działalności gospodarczej

Stan faktyczny

Pan Adam, obywatel Gruzji, uzyskał zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony w związku z okolicznością, o której mowa w art. 53 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach²⁷, tj. zawarcia związku małżeńskiego z Polką. Pragnął on prowadzić własną działalność gospodarczą w Polsce i w 2008 r. zwrócił się do Stowarzyszenia o pomoc prawną.

Diagnoza stanu prawnego

Zgodnie z art. 13 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej²⁸, cudzoziemcy, obywatele tzw. krajów trzecich, którzy w Polsce uzyskali zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony (udzielone w związku z poślubieniem obywatela polskiego), nie mogli podejmować i prowadzić na własny rachunek działalności gospodarczej. Prawo takie posiadali jednak obywatele tzw. krajów trzecich, będący małżonkami obywateli innych państw Unii Europejskiej, ale nie Polski.

Wprowadzenie takiego uregulowania prawnego poprzez pominięcie grupy cudzoziemców, którzy nie są obywatelami krajów UE, lecz będących małżonkami Polaków, prowadziło do pośredniej dyskryminacji tych osób i nie było niczym uzasadnione. Pozornie neutralny przepis w praktyce stawiał bowiem w mniej korzystnej sytuacji cudzoziemca spoza UE – współmałżonka Polaka, w porównaniu z cudzoziemcem także będącym obywatelem kraju trzeciego i zarazem współmałżonkiem innego niż Polska obywatela kraju Unii. Takie uregulowanie nie było prawnie ani obiektywnie uzasadnione, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu nie mogły zostać uznane za proporcjonalne i konieczne.

Podjęte działania

Stowarzyszenie Interwencji Prawnej wystosowało do Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pismo z prośbą o zajęcie stanowiska w sprawie oraz podjęcie stosownych prac legislacyjnych, mających na celu uwzględnienie w katalogu art. 13 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej cudzoziemców, którym udzielono zezwolenia na czas oznaczony w związku z okolicznością zawarcia związku małżeńskiego z obywatelem polskim. Pismo zostało wysłane również do wiadomości Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania.

Skutek podjętych działań

Stowarzyszenie otrzymało z Ministerstwa Gospodarki pismo informujące, iż zostały podjęte stosowne prace legislacyjne, mające na celu m.in. zmianę ww. przepisu. Zgodnie z brzmieniem art. 13 ust. 2 lit. h ustawy o

²⁷ Dz. U. z 2006 r., Nr 234, poz. 1694 oraz z Dz. U. z 2007 r., Nr 120, poz. 818.

²⁸ Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095, w brzmieniu przed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 11 lipca 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 141, poz. 888).

swobodzie działalności gospodarczej, obowiązującym od dnia 19 września 2008 r., osoby posiadające w Polsce zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony i pozostające w związku małżeńskim z obywatelem polskim zamieszkałym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej mogą podejmować i wykonywać działalność gospodarczą na terytorium RP na takich samych zasadach, jak obywatele polscy.

Wnioski

Od dnia 19 września 2008 r. cudzoziemiec, który uzyskał w Polsce zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony w związku z zawarciem małżeństwa z obywatelem polskim, ma obecnie prawo samodzielnie podejmować i prowadzić działalność gospodarczą w naszym kraju bez konieczności uzyskiwania dodatkowych zaświadczeń bądź zezwoleń. Ma takie same prawa i obowiązki w tym zakresie, co obywatel polski.

4.4. Konieczność uzyskania przez cudzoziemców-absolwentów PAN zezwolenia na pracę

Stan faktyczny

Pan Ahmedi, doktorant Polskiej Akademii Nauk, w 2009 r. zgłosił się do Stowarzyszenia z prośbą o podjęcie interwencji w sprawie przepisu prawnego dyskryminującego jego oraz określoną grupę cudzoziemców. Pan Ahmedi w przeciwieństwie do innych cudzoziemców – absolwentów wyższych uczelni – aby legalnie pracować w Polsce, musi uzyskać zezwolenie na pracę. Uważał, że taka regulacja prawna jest dla niego krzywdząca.

Diagnoza stanu prawnego

Zgodnie z brzmieniem przepisu § 2 pkt 26a rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 30 sierpnia 2006 r. w sprawie wykonywania pracy przez cudzoziemców bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę²⁹, wykonywanie pracy przez cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę jest dopuszczalne w przypadku cudzoziemców, będących absolwentami polskich szkół ponadgimnazjalnych, stacjonarnych studiów wyższych lub stacjonarnych studiów doktoranckich na polskich uczelniach. Tak sformułowany przepis, poprzez użycie słowa „uczelnia”, powoduje, iż absolwenci stacjonarnych studiów doktoranckich ukończonych w instytutach Polskiej Akademii Nauk są zmuszeni ubiegać się o zezwolenie na pracę.

Działalność Polskiej Akademii Nauk reguluje ustawa z dnia 25 kwietnia 1997 r. o Polskiej Akademii Nauk³⁰, zgodnie z którą PAN jest ogólnokrajową, państwową, samodzielną instytucją naukową służącą rozwojowi nauki, jej promocji, integracji i upowszechnianiu oraz przyczyniającej się do rozwoju edukacji oraz wzbogacania kultury narodowej. W praktyce absolwenci PAN mają taki sam status jak absolwenci stacjonarnych studiów na polskich uczelniach.

²⁹ Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1116 ze zm.

³⁰ Dz. U. z 1997 r., Nr 75, poz. 469 ze zm.

Artykuł 32 Konstytucji stanowi, iż wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Mając na uwadze jednak brak jakiegokolwiek *ratio legis* przy wykluczeniu absolwentów PAN z katalogu osób, które nie muszą uzyskiwać pozwolenia na pracę cudzoziemców, można uznać, iż przepis § 2 pkt 26a ww. rozporządzenia stoi w sprzeczności z zasadą niedyskryminacji. Skoro inne grupy cudzoziemców – absolwenci polskich szkół ponadgimnazjalnych, stacjonarnych studiów wyższych lub stacjonarnych studiów doktoranckich na polskich uczelniach – są zwolnione z obowiązku starania się o zezwolenie na pracę, absolwenci Polskiej Akademii Nauk również powinni mieć takie samo prawo w tym zakresie.

Podjęte działania

Stowarzyszenie zwróciło się do MPiPS o zmianę przepisu, na co otrzymało odpowiedź, iż propozycja ta zostanie wzięta pod uwagę przy najbliższej nowelizacji. Następnie Stowarzyszenie otrzymało z Ministerstwa projekt rozporządzenia, zgodnie z którym cudzoziemcy-absolwenci PAN-u zostali objęci takimi samymi zasadami, jak inni absolwenci szkół wyższych w Polsce. Stowarzyszenie nie zgłosiło uwag, gdyż projekt nowelizacji w pełni pokrywał się ze zgłoszonymi wcześniej postulatami.

Skutek podjętych działań

Przepis § 2 pkt 26a rozporządzenia uległ zmianie i obecnie cudzoziemcy-absolwenci PAN-u nie muszą już ubiegać się o zezwolenie na pracę³¹.

Wnioski

Przepis § 2 pkt 26a rozporządzenia prowadził do zróżnicowanego traktowania cudzoziemców znajdujących się w obiektywnie podobnej sytuacji i nie był niczym uzasadniony. Wykluczenie cudzoziemców-absolwentów PAN z katalogu osób, które nie muszą uzyskiwać zezwolenia na pracę, nie miało żadnego uzasadnienia logicznego ani prawnego. Było to zupełnie niezrozumiałe i krzywdzące dla tej grupy cudzoziemców, są to bowiem osoby świetnie wykształcone, w znakomitej większości przypadków na stałe związane z Polską i przyczyniające się do rozwoju gospodarczego naszego kraju. Dobrze, że rozporządzenie zostało zmienione i obecnie cudzoziemcy-absolwenci PAN-u mogą bez przeszkód podejmować zatrudnienie.

³¹ W dniu 7 lipca 2010 r. weszło w życie rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 1 czerwca 2010 r., zmieniające rozporządzenie w sprawie wykonywania pracy przez cudzoziemców bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę (Dz. U. z 2010 r., Nr 109, poz. 716).

4.5. Odmowa przyznania zasiłku rodzinnego

Stan faktyczny

Pani Zarema, obywatelka Rosji narodowości czeczeńskiej, przyjechała do Polski ze swoimi dziećmi i złożyła wniosek o nadanie statusu uchodźcy. Mąż pani Zaremy zginął podczas konfliktu w Czeczenii. Po rozpatrzeniu wniosku przez Prezesa Urzędu ds. Cudzoziemców pani Zarema uzyskała ochronę w postaci zgody na pobyt tolerowany. Następnie złożyła wniosek do dyrektora Ośrodka Pomocy Społecznej o przyznanie jej oraz dzieciom zasiłku z tytułu samotnego wychowywania dziecka. Organ I instancji odmówił przyznania świadczenia, uzasadniając, iż brakuje pełnej dokumentacji potwierdzającej dochód współmałżonka oraz czas zamieszkiwania Pani Zaremy na terytorium Polski wraz z mężem i dziećmi.

Diagnoza stanu prawnego

Zgodnie z art. 98 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, cudzoziemcowi z pobytem tolerowanym do maja 2008 roku przysługiwały uprawnienia tożsame, jak osobie, której udzielono zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony³². Oznacza to, że miał on pełne prawo do korzystania z pomocy społecznej.

Ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych³³ uzależnia wypłatę dodatku do zasiłku rodzinnego z tytułu samotnego wychowania dzieci od śmierci drugiego z rodziców dziecka, która musi zostać potwierdzona odpowiednimi dokumentami stwierdzającymi zgon. Obowiązek ten jest w zasadzie niemożliwy do realizacji przez uchodźców oraz innych cudzoziemców objętych ochroną międzynarodową.

Przepisy art. 7 i 77 kodeksu postępowania administracyjnego³⁴ zobowiązują organ administracji publicznej do wyczerpującego zebrania i przeanalizowania materiału dowodowego. To na organie administracji ciąży zatem obowiązek podjęcia wszelkich kroków w celu zebrania pełnego materiału dowodowego. Obywatelowi polskiemu, starającemu się o zasiłek rodzinny, niewątpliwie łatwiej jest uzyskać wymagane zaświadczenia, niż uchodźcom (czy też innym cudzoziemcom objętym ochroną międzynarodową), opuszczającym swój kraj w obawie przed prześladowaniem. Brak takiego dokumentu nie powinien jednak automatycznie dyskwalifikować cudzoziemca, o ile spełnia on pozostałe warunki niezbędne do otrzymania pomocy społecznej. Organ I instancji, nie dysponując dowodem w postaci zaświadczenia o dochodach męża pani Zaremy, którego uzyskanie nie było możliwe z powodu jego zaginięcia i sytuacji panującej w kraju pochodzenia cudzoziemki, winien był zebrać inne dowody w celu ustalenia, w jakiej rzeczywistej sytuacji znajduje się jej rodzina.

³² Zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP (Dz. U z 2008 r. Nr 70, poz. 416) od dnia 29 maja 2008 r. uprawnienia te dotyczą cudzoziemców, którym przyznano ochronę uzupełniającą. Wspomniana ustawa pozbawiła osoby z pobytem tolerowanym (który w wyniku jej wejścia w życie i zgodnie ze zmienioną definicją obejmuje inne kategorie cudzoziemców) tych praw.

³³ Dz. U. z 2006 r., Nr 139, poz. 992 z późn. zm.

³⁴ Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.

Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy Rady 2000/43/WE dyskryminacja pośrednia ma miejsce, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą sprawić, że osoby o danym pochodzeniu rasowym lub etnicznym znajdą się w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu do innych osób, chyba że taki przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione legalnym celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne. Jeśli chodzi o zakres przedmiotowy Dyrektywy – zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. e) i f) – jej przepisy w odniesieniu do ochrony społecznej, łącznie z zabezpieczeniem społecznym i opieką zdrowotną oraz prawem do świadczeń społecznych stosuje się także do instytucji publicznych.

Wobec braku ustawowych regulacji w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na rasę lub pochodzenie etniczne w obszarze pomocy społecznej należy uznać, iż zarówno ww. postanowienia dyrektywy, jak i wprowadzający zakaz dyskryminacji art. 32 Konstytucji, mogą być bezpośrednio stosowane. Art. 8 ust. 2 Konstytucji stanowi bowiem, iż przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej. Bezpośrednia stosowalność Konstytucji może odbywać się w sytuacji, gdy jej postanowienia są sformułowane w sposób na tyle precyzyjny i jednoznaczny, by możliwe było ich odniesienie do konkretnych sytuacji zachodzących w rzeczywistości prawnej. Podmiot stosujący prawo powinien oprzeć swe działania bezpośrednio na takim postanowieniu konstytucyjnym, a dopiero w drugiej kolejności powinien powołać odpowiednie postanowienia ustaw. Przy takiej koncepcji Konstytucja znajdować może ciągle zastosowanie w działalności wszystkich organów władzy publicznej.

W opinii Stowarzyszenia pozbawienie pani Zaremy możliwości korzystania ze świadczeń rodzinnych z tej tylko przyczyny, iż nie ze swojej winy nie była ona w stanie przedstawić dokumentów wymaganych w rozporządzeniu Ministra Polityki Społecznej z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie sposobu i trybu postępowania w sprawach o świadczenia rodzinne³⁵, należy uznać za praktykę dyskryminującą. Przepis § 2 pkt 2, § 4 pkt 1 oraz § 16 rozporządzenia, mimo iż adresowany jest zarówno do obywateli polskich, jak i osób o innym pochodzeniu rasowym lub etnicznym, stawia w niekorzystnej sytuacji wyłącznie tych drugich, gdyż nie są oni w stanie przedstawić odpowiednich dokumentów (co bez problemu mogą uczynić obywatele polscy). Jest on zatem niezgodny z art. 32 Konstytucji RP. Organ mógł wykonać inne, zastępcze czynności, zmierzające do potwierdzenia faktu, iż pani Zarema jest matką samotnie wychowującą dzieci (np. wywiad środowiskowy, zeznania świadków oraz potwierdzenie z Urzędu do Spraw Cudzoziemców, iż cudzoziemka wjechała do Polski bez męża i sama złożyła wniosek o status uchodźcy). Organ takich ustaleń jednak nie poczynił, opierając się jedynie na ww. rozporządzeniu i braku aktu zgonu męża/zaświadczenia z policji o zaginięciu.

Podjęte działania

Od decyzji Dyrektora Ośrodka Pomocy Społecznej pani Zarema wniosła odwołanie do Samorządowego Kolegium Odwoławczego (dalej: SKO). W uzasadnieniu do odwołania, sporządzonym przy pomocy przedstawi-

³⁵ Dz. U. z 2005 r., Nr 105, poz. 881 z późn. zm.

ciela Stowarzyszenia Interwencji Prawnej, wskazano na trudną sytuację uchodźców w zakresie możliwości udowodnienia zdarzeń, które miały miejsce w ich kraju pochodzenia – w przypadku pani Zaremy możliwości udokumentowania losów jej męża – oraz powołano się na ww. regulacje prawne.

Skutek podjętych działań

Z kolei SKO, rozpatrując sprawę pani Zaremy, podzieliło znajdujące w odwołaniu zarzuty. Zwróciło uwagę, iż skoro organ I instancji nie dysponował dowodem w postaci zaświadczenia o wysokości zarobków męża cudzoziemki czy też czasem jego zamieszkiwania na terytorium Polski, winien był przeprowadzić inne dowody w celu ustalenia, w jakiej sytuacji znajduje się jej rodzina. Według SKO zaniechanie przez organ administracji podjęcia czynności procesowych zmierzających do zebrania pełnego materiału dowodowego, zwłaszcza w sytuacji, gdy strona powołuje się na określone i ważne dla niej okoliczności (a to miało miejsce w omawianym przypadku), jest uchybieniem przepisom postępowania administracyjnego, skutkującym wadliwością decyzji. Dlatego uchylono w całości decyzję dyrektora Ośrodka Pomocy Społecznej w przedmiocie odmowy przyznania zasiłku rodzinnego oraz dodatków do tego zasiłku i zwrócono sprawę do ponownego rozpatrzenia. Organ I instancji wydał ponownie decyzję odmawiającą pani Zaremie świadczeń rodzinnych, od której wniesiono odwołanie. SKO tym razem utrzymał w mocy zaskarżone rozstrzygnięcie. Od tej decyzji została wniesiona skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, który ją oddalił. Sąd stanął na stanowisku, iż organy wydające decyzję były związane przepisem prawnym i prawidłowo go zastosowały. W opinii sędziego WSA w sprawie tej nie doszło do dyskryminacji – miałyby ona miejsce, gdyby od cudzoziemców wymagane były dodatkowe dokumenty, których nie wymaga się od Polaków, a taka praktyka nie miała miejsca. Od wyroku WSA w 2010 roku została złożona skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego, który po rozpatrzeniu sprawy stwierdził, że odmowa przyznania świadczeń rodzinnych osobie, która nie jest w stanie bez własnej winy przedstawić dokumentu wymaganego przez rozporządzenie jest naruszeniem konstytucyjnej zasady równości wobec prawa. NSA dodał, że jest to przykład dyskryminacji pośredniej i tym samym uznał argumentację skarżącej oraz Stowarzyszenia, które przedstawiło Sądowi swoje stanowisko. Jest to precedensowe orzeczenie NSA, które może zmienić sytuację wielu uchodźczyń - samotnych matek w kwestii dostępu do świadczeń rodzinnych.

Wnioski

Cudzoziemiec, który uzyskał w Polsce ochronę międzynarodową, np. status uchodźcy, ochronę uzupełniającą lub zgodę na pobyt tolerowany, po spełnieniu określonych warunków ma prawo do świadczeń społecznych. Brak dokumentu potwierdzającego zgon lub zaginięcie współmałżonka, jeśli urząd może zgromadzić inne dowody w celu ustalenia sytuacji faktycznej, rodzinnej i finansowej cudzoziemca, nie może decydować o automatycznej odmowie przyznania zasiłku. Przepis ten i praktyka – pozornie neutralne – w rzeczywistości

ści powodują niekorzystną sytuację jedynie dla cudzoziemców, osób o innej narodowości, rasie lub pochodzeniu etnicznym, zatem działanie organu nosi cechy dyskryminacji pośredniej.

4.6. Odmowa przyjęcia cudzoziemców do Ośrodka Interwencji Kryzysowej

Stan faktyczny

Do Stowarzyszenia w 2010 r. zgłosiło się kilku cudzoziemców z przyznaną ochroną międzynarodową, którzy spotkali się z odmową przyjęcia do Ośrodków Interwencji Kryzysowej.

Diagnoza stanu prawnego

Zgodnie z art. 47 ust. 1 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2008 r., Nr 115, poz. 728 ze zm.) interwencja kryzysowa stanowi zespół interdyscyplinarnych działań podejmowanych na rzecz osób i rodzin będących w stanie kryzysu. Jej celem jest przywrócenie równowagi psychicznej i umiejętności samodzielnego radzenia sobie, a dzięki temu zapobieganie przejściu reakcji kryzysowej w stan chronicznej niewydolności psychospołecznej. Na podstawie art. 5 pkt 2 lit. a) prawo do świadczeń z pomocy społecznej przysługuje m.in. cudzoziemcom mającym miejsce zamieszkania i przebywającym na terytorium RP w związku z uzyskaniem w Polsce ochrony międzynarodowej.

Problem cudzoziemców, którzy zwracają się z prośbą o przyjęcie do OIK, niejednokrotnie urzędnicy sprowadzają jednoznacznie i wyłącznie do zagrożenia bezdomnością, której nie traktują jako sytuacji kryzysowej, a w związku z tym odmawiają udzielania pomocy, radząc udanie się do noclegowni, bo „kwestią bezdomności zajmują się gminy, a nie powiaty”. Tymczasem bezdomność w przypadku uchodźców może być doraźnie najważniejszym, ale nie jedynym problemem powodującym ich kryzysową sytuację. W wielu przypadkach są to ludzie dotknięci traumą wojenną, utratą bliskich osób w drastycznych okolicznościach, ludzie, którzy byli świadkami lub ofiarami zbrodni, cierpiący z powodu syndromu stresu pourazowego i przewlekłych depresji. Dzieci w takich rodzinach mają często poważne problemy psychologiczno-adaptacyjne, sprawiają problemy wychowawcze zarówno w domu, jak i w szkole. Dorośli mają trudności z pokonaniem szoku kulturowego i rozpoczęciem samodzielnego funkcjonowania w nowej dla nich kulturze, a trudności te są tym większe, im dłużej trwało postępowanie o nadanie statusu uchodźcy, podczas którego nabyli tzw. syndrom wyuczonej bezradności. Noclegownie nie oferują warunków, w których mogłyby mieszkać dzieci. Żadna noclegownia nie dysponuje też kompleksowymi oraz interdyscyplinarnymi narzędziami wsparcia, niezbędnymi, by umożliwić rodzinie w takiej sytuacji stopniowe wyjście z kryzysu i nie dopuścić do przejścia w stan chronicznej niewydolności psychospołecznej. Ponadto to właśnie na powiatach spoczywa obowiązek wspierania procesu integracji uchodźców, tym bardziej niezrozumiały wydaje się argument odsyłający potencjalnych klientów po wsparcie do gminy.

Praktyka ośrodków jest absolutnie niedopuszczalna, gdyż stanowi naruszenie przepisów ustawy o pomocy społecznej oraz konstytucyjnego zakazu dyskryminacji, wyrażonego w art. 32 Konstytucji RP. Poza

tym podważa ona fundamentalną zasadę zaufania obywateli do organów państwowych, wyrażoną w art. 8 kodeksu postępowania administracyjnego, jak również stoi w sprzeczności z art. 6 kpa, zgodnie z którym organy administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa.

Podjęte działania

Stowarzyszenie podejmowało interwencje telefoniczne w indywidualnych sprawach. W 2010 r. wystosowane zostało do Ministra Pracy i Polityki Społecznej sygnalizujące problem pismo oraz prośba o przekazanie wszystkim starostom wytycznych, z których jasno wynikałoby, jakie grupy uprawnionych mają prawo otrzymywania świadczeń z pomocy społecznej. Na tej podstawie mogliby oni pouczyć pracowników OIK o konieczności poprawnej interpretacji i stosowania przepisów prawnych odnoszących się do cudzoziemców. Jak dotąd Stowarzyszenie nie otrzymało z Ministerstwa odpowiedzi na wystosowane pismo.

Wnioski

Głównym argumentem przeciwko przyjęciu rodziny do OIK jest zazwyczaj brak wystąpienia przemocy domowej. Urzędnicy twardo bronią stanowiska, że tylko w sytuacji przemocy dana rodzina może liczyć na ich pomoc. Natomiast zadań interwencji kryzysowej nie można sprowadzić wyłącznie do przeciwdziałania temu zjawisku. Za sytuacje kryzysowe uznaje się również gwałtowne, drastyczne pogorszenie sytuacji życiowej, doświadczenie traumy psychologicznej, problemy wychowawcze i rodzinne etc. Niepokojąco brzmi także argument padający ze strony urzędników – czasem pojawiający się między wierszami, a czasem wprost – że cudzoziemcom nie należy się pomoc ze strony Ośrodka Interwencji Kryzysowej, a jeśli mają problemy, to powinni się z nimi zwracać do Urzędu do Spraw Cudzoziemców. Taka postawa urzędników świadczy o niezajomości przepisów albo o dyskryminującym podejściu do obcokrajowców. W bardzo niepocholebnym świetle stawia też rozumienie przez nich kwestii integracji uchodźców. Wszelkie świadczenia ze strony Urzędu ds. Cudzoziemców przysługują bowiem cudzoziemcom jedynie do zakończenia postępowania o nadanie statusu uchodźcy. Po otrzymaniu jednej z form ochrony międzynarodowej zyskują oni prawo do korzystania ze wszelkiego rodzaju form pomocy społecznej na tych samych zasadach, co obywatele polscy. Zatem odmowa przyznania cudzoziemcowi pomocy przez Ośrodek Interwencji Kryzysowej nie ma żadnego oparcia w przepisach i stanowi naruszenie prawa. Wskazuje na niewłaściwą interpretację przez urzędników regulacji prawnych, które w tym przypadku są jednakowe zarówno dla obywateli polskich, jak i cudzoziemców.

4.7. Odmowa przyjęcia cudzoziemca w poczet spółdzielni mieszkaniowej oraz wydania zaświadczenia potwierdzającego prawo do lokalu

Stan faktyczny

Pan Artur, obywatel Armenii, przebywający w Polsce na podstawie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony w związku z okolicznością, o której mowa w art. 56 ust.1 pkt 6 z dnia 13 czerwca 2003 r. ustawy o cudzoziemcach, tj. zawarcia związku małżeńskiego z obywatelką polską, w 2007 r. zwrócił się do Stowarzyszenia Interwencji Prawnej z prośbą o interwencję w sprawie jego członkostwa w spółdzielni mieszkaniowej. Jego małżonka była członkinią spółdzielni mieszkaniowej i Pan Artur także postanowił zostać jej członkiem. Złożył więc wniosek o przyjęcie w poczet członków spółdzielni wraz z deklaracją członkowską, a następnie uiścił wpisowe w wysokości określonej w statucie spółdzielni. Nie otrzymał jednak we wskazanym w statucie terminie żadnej informacji dotyczącej decyzji zarządu w swojej sprawie.

Co więcej, Spółdzielnia Budowlano-Mieszkaniowa odmówiła wydania Panu Arturowi zaświadczenia potwierdzającego tytuł prawny do lokalu, w którym mieszkał i był zameldowany wraz ze swoją małżonką, będącą członkiem spółdzielni. Uniemożliwiło to Panu Arturowi otrzymanie zezwolenia na osiedlenie się, czyli zalegalizowania swojego pobytu w Polsce.

Diagnoza stanu prawnego

Spółdzielcze lokatorskie prawo do lokalu mieszkalnego, przysługujące małżonce Pana Artura, powstało z chwilą zawarcia przez nią umowy o ustanowienie spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu mieszkalnego (na podstawie art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych³⁶), zatem jest ona członkiem spółdzielni.

Pan Artur także spełnia wszelkie przesłanki niezbędne do uznania go za członka Spółdzielni Budowlano-Mieszkaniowej. Przepis art. 3 ust. 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych stanowi bowiem, iż małżonkowi członka spółdzielni przysługuje roszczenie o przyjęcie w poczet członków spółdzielni. Ponadto § 27 ust. 3 Statutu spółdzielni stwierdza, że osoba fizyczna może być przyjęta w poczet członków spółdzielni, jeżeli jej małżonek jest członkiem spółdzielni. Regulujący sprawę przyjmowania w poczet członków spółdzielni § 30 Statutu stanowi, że nowych członków w poczet członków spółdzielni przyjmuje Zarząd, który podejmuje decyzję w tym względzie w ciągu 1 miesiąca od daty złożenia pisemnej deklaracji kandydata na członka. O swojej decyzji Zarząd powinien zawiadomić zainteresowanego pisemnie w ciągu 14 dni od jej podjęcia (§ 30 ust. 1 i 2 Statutu spółdzielni).

Brak decyzji Zarządu pozbawił cudzoziemca możliwości złożenia odwołania do Rady Nadzorczej (o którym mowa w § 30 ust. 3 Statutu spółdzielni) i tym samym dochodzenia roszczenia o członkostwo (o którym mowa w art. 3 ust. 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych). Pomimo tego cudzoziemiec za pośred-

³⁶ Dz. U. z 2000 r., Nr 119, poz. 1116 z późn. zm.

nictwem radcy prawnego złożył skargę na Zarząd Spółdzielni Budowlano-Mieszkaniowej do Rady Nadzorczej. Jednakże nie została ona rozpatrzona.

Drugim ważnym zagadnieniem prawnym w omawianej sprawie jest odmowa wydania przez spółdzielnię zaświadczenia, potwierdzającego prawny tytuł do lokalu, w którym zamieszkuje pan Artur. Takie zaświadczenie jest niezbędne w postępowaniu o wydanie zezwolenia na osiedlenie się, które toczyło się w sprawie cudzoziemca przed właściwym wojewodą. Brak tytułu prawnego do lokalu powoduje uniemożliwienie otrzymania zezwolenia na osiedlenie się, co skutkuje pozbawieniem cudzoziemca wielu uprawnień związanych z tym statusem.

Istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż jedynym powodem, dla którego wniosek pana Artura pozostał bez rozpatrzenia oraz odmówiono mu wydania zaświadczenia potwierdzającego tytuł prawny do lokalu, jest narodowość wnioskującego – brak obywatelstwa polskiego. Tym samym postępowanie to nosi znamiona działania dyskryminacyjnego.

Zachowanie spółdzielni jest sprzeczne z art. 32 w zw. z art. 37 Konstytucji RP. Cechuje je dyskryminacja w życiu społecznym ze względu na narodowość i obywatelstwo. Nieuwzględnienie wniosku cudzoziemca o przyjęcie go w poczet członków spółdzielni, a co za tym idzie przyznania mu spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu mieszkalnego, stoi również w sprzeczności z art. 64 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma prawo do własności oraz innych praw majątkowych (jakim jest lokatorskie prawo do lokalu), a prawa majątkowe podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej.

Działania Spółdzielni Budowlano-Mieszkaniowej noszą zatem cechy zachowań dyskryminacyjnych i utrudniają cudzoziemcowi przebywającemu legalnie na terytorium RP pełnoprawne uczestniczenie w życiu społecznym, łamiąc jego podstawowe prawa, a co więcej uniemożliwiają mu kontynuowanie postępowania w sprawie o wydanie zezwolenia na osiedlenie się.

Podjęte działania

Prawnik Stowarzyszenia udzielił klientowi informacji na temat przysługujących mu środków prawnych, tj. możliwości wszczęcia postępowania przed sądem cywilnym o wpisanie w poczet członków spółdzielni na podstawie art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych oraz możliwości wszczęcia postępowania przed sądem cywilnym z art. 23 k.c. o zadośćuczynienie w związku z naruszeniem dóbr osobistych poprzez działania spółdzielni, które dyskryminują cudzoziemca ze względu na jego narodowość i status prawny.

Stowarzyszenie skierowało również pismo z prośbą o interwencję do Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Krajowej Rady Spółdzielczej. W efekcie skierowanego wniosku Krajowa Rada Spółdzielczości podjęła wobec Spółdzielni Budowlano-Mieszkaniowej działania wyjaśniające. Interwencję w sprawie podjął również Rzecznik Praw Obywatelskich.

Skutek podjętych działań

Na skutek zainicjowanych przez Stowarzyszenie działań Rzecznika oraz Krajowej Rady Spółdzielczej, pan Artur uchwałą Zarządu został przyjęty w poczet członków Spółdzielni Mieszkaniowej oraz otrzymał zaświadczenie o przysługującym mu tytule prawnym do mieszkania użytkowanego wraz z żoną.

Wnioski

Podkreślić należy, że każdy cudzoziemiec, będący małżonkiem obywatela polskiego, ma prawo do spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu oraz musi być przyjęty w poczet członków spółdzielni, której jego małżonek jest członkiem.

4.8. Nierówne traktowanie w przedmiocie ubiegania się o mieszkania komunalne

Stan faktyczny

Wielu cudzoziemców zgłaszających się do Stowarzyszenia w latach 2008–2010, mieszkających w różnych dzielnicach Warszawy i okolicznych gminach, napotyka na problemy w związku z procedurą przyznawania mieszkań komunalnych. W niektórych miejscach cudzoziemcom objętym ochroną międzynarodową i spełniającym wymogi przewidziane prawem odmawia się wpisania na listę osób oczekujących na mieszkanie, nie mówiąc już o przyznawaniu im lokali. W części urzędów panuje przekonanie, że uchodźcy, osoby z ochroną uzupełniającą oraz osoby z pobytem tolerowanym nie mają prawa do tej formy pomocy i ich wnioski nie są przyjmowane bądź rozpatrywane. Zdarzają się odmowy uzasadniane „trudną sytuacją mieszkaniową” na terenie danej dzielnicy czy gminy, która „nie pozwala na przyjmowanie do realizacji spraw osób związanych z dzielnicą w sposób przejściowy”. W jednej z dzielnic Warszawy pracownicy urzędu stoją na stanowisku, że w przypadku, gdy cudzoziemcy legitymują się tzw. pobytem tolerowanym (z którym wiąże się posiadanie karty pobytu na terenie Polski na rok), brakuje podstawy prawnej do umieszczenia ich na liście osób uprawnionych do zawarcia umowy najmu lokalu z zasobów komunalnych.

Pani Zora zgłosiła się w 2009 r. do Stowarzyszenia w związku z odmową, jaką otrzymała w Urzędzie Miejskim w Pruszkowie, odnośnie możliwości ubiegania się o mieszkanie komunalne. W odpowiedzi na złożony przez nią wniosek Prezydent Pruszkowa wyjaśnił, iż nie ma możliwości udzielenia jej pomocy, bowiem zgodnie z Uchwałą Rady Miejskiej w Pruszkowie „o uzyskanie mieszkania z zasobów komunalnych mogą ubiegać się tylko stali mieszkańcy Pruszkowa”. Sytuacja materialna i zdrowotna pani Zory była bardzo trudna – była zmuszona korzystać z pomocy społecznej, gdyż na skutek wypadku komunikacyjnego stała się osobą niepełnosprawną. Mieszkała ona wraz ze starszą i niepełnosprawną matką, wymagającą stałej opieki, oraz dwójką małoletnich dzieci.

Diagnoza stanu prawnego

Kwestie zasad oraz ochrony praw lokatorów oraz gospodarowania mieszkaniowym zasobem gminy reguluje ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego³⁷. Zgodnie z nią gmina ma obowiązek zapewnić lokale socjalne i lokale zamienne, a także zaspokajać potrzeby mieszkaniowe gospodarstw domowych o niskich dochodach, co ma szczególne znaczenie w kontekście niezamożnych rodzin cudzoziemskich. Jej przepisy dotyczą zarówno obywateli polskich, jak i cudzoziemców. Regulacje odmienne dla uchodźców i cudzoziemców z ochroną uzupełniającą przewiduje uchwała nr LVIII/1751/2009 Rady m. st. Warszawy z dnia 9 lipca 2009 r. w sprawie zasad wynajmowania lokali wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu miasta stołecznego Warszawy, wydana na podstawie ww. ustawy. Zgodnie z nią tym cudzoziemcom, na rzecz których z wnioskiem o zawarcie umowy najmu lokalu wystąpi Warszawskie Centrum Pomocy Rodzinie, przyznaje się do 5 mieszkań z zasobu miasta i przysługuje im pierwszeństwo zawarcia umowy najmu. W przypadku cudzoziemców z pobytem tolerowanym brakuje tego typu szczegółowych uregulowań, ale nie ma także przepisów pozbawiających tę grupę prawa do uzyskania mieszkania komunalnego w normalnym, nieuprzywilejowanym trybie. Uznać zatem należy, iż mogą oni starać się o mieszkanie na zasadach ogólnych, tak jak obywatele polscy.

Zgodnie z pkt 2 uchwały Rady Miejskiej Pruszkowa nr XLV/508/2002 z dnia 23 maja 2002 r. w sprawie zasad wynajmowania lokali wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu gminy „umowy najmu są zawierane tylko z mieszkańcami Pruszkowa”, przez co urząd rozumie osoby posiadające stałe zameldowanie na terenie miasta. Taki przepis uchwały jest niedopuszczalny, gdyż pośrednio dyskryminuje cudzoziemców – osoby o innym pochodzeniu etnicznym, narodowości czy rasie. W większości przypadków nie mają oni bowiem możliwości uzyskania meldunku – właściciele prywatnych mieszkań bardzo niechętnie meldują cudzoziemców nawet na czasowy pobyt.

Konstytucja RP w art. 30 stwierdza, że przyrodzona oraz niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona są obowiązkiem władz publicznych. Ponadto Konstytucja w art. 75 przewiduje, iż władze publiczne prowadzą politykę sprzyjającą zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych obywateli, w szczególności przeciwdziałają bezdomności, wspierają rozwój budownictwa socjalnego oraz popierają działania obywateli zmierzające do uzyskania własnego mieszkania. Przez „obywateli” rozumiemy także cudzoziemców, zatem państwo zobowiązało się udzielać pomocy również tej grupie.

Konstytucja wprowadza nakaz równego traktowania, który ma szczególne znaczenie w przypadku obywateli spoza Polski – zgodnie z art. 32 Konstytucji wszyscy są równi wobec prawa, władze publiczne mają obowiązek równego traktowania i nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek innej przyczyny. Pojęcie dyskryminacji obejmuje zarówno dyskryminację

³⁷ Dz. U. z 2001 r., Nr 71, poz. 733 ze zm.

bezpośrednią, jak i pośrednią. Dyskryminacja pośrednia ma miejsce, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego w stosunku do innych osób, chyba że są one obiektywnie uzasadnione legalnym celem, a środki mające służyć do jego osiągnięcia są odpowiednie i konieczne. Zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. H) dyrektywy Rady nr 2000/43/WE, jej przepisy stosuje się do wszystkich osób zarówno sektora publicznego, jak i prywatnego, włącznie z instytucjami publicznymi, w kontekście dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem.

Na zupełne niezrozumienie prawa wspólnotowego oraz zasad obowiązywania tego prawa w Polsce i w stosunku do osób zamieszkujących na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej oraz jego błędne zastosowanie wskazuje opinia prawna wydana przez radcę prawnego Urzędu Miasta Pruszkowa, w której można przeczytać m.in., że cudzoziemka „nie posiada obywatelstwa polskiego ani obywatelstwa innego państwa – członka Unii Europejskiej (...). Prawo unijne odnosi się tylko do obywateli Unii Europejskiej”. Poza tym wyłącza się możliwość zastosowania ww. postanowień dyrektywy z uwagi na art. 3 ust. 2 dyrektywy, zgodnie z którym nie znajduje ona zastosowania do osób o innym obywatelstwie, z uwagi na pozostawienie państwom członkowskim możliwości samodzielnego regulowania kwestii dotyczących wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich na terytorium ich państw oraz traktowania związanego z ich statusem prawnym. W przedmiotowej sprawie nie ma jednak zastosowania art. 3 ust. 2 dyrektywy, a przyjęte przez Urząd Miasta rozumienie przepisów ww. dyrektywy jest absolutnie niewłaściwe i niezgodne z podstawowymi zasadami stosowania prawa wspólnotowego oraz orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie. Wystarczy chociażby podać przykład wyroku ETS z dnia 10 lipca 2008 r. (nr sprawy C-54/07)³⁸, w którym dyrektywa 2000/43/WE jak najbardziej znalazła zastosowanie w przypadku obywateli państw trzecich o innym pochodzeniu etnicznym, nieposiadających obywatelstwa państwa członkowskiego UE (w tym przypadku belgijskiego)³⁹. Trybunał uznał, że „okoliczność, że pracodawca publicznie oświadcza, iż nie będzie zatrudniał pracowników o określonym pochodzeniu etnicznym lub rasowym, stanowi bezpośrednią dyskryminację przy zatrudnianiu w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. A) dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r., wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, ponieważ takie deklaracje mogą poważnie zniechęcać określonych kandydatów do składania swojej kandydatury, a tym samym stanowić dla nich przeszkodę w dostępie do rynku pracy. Publiczne oświadczenia, w których pracodawca informuje, że w ramach swojej polityki rekrutacyjnej nie będzie zatrudniał osób o określonym pochodzeniu etnicznym lub rasowym, są wystarczające dla domniemania, w rozumieniu art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43, że ma miejsce bezpośrednio dyskryminująca polityka zatrudnienia (...)”.

³⁸ <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en>.

³⁹ Zarzuty dotyczyły publicznych wypowiedzi kierownika firmy, iż jego przedsiębiorstwo poszukiwało monterów, lecz nie mogło zatrudnić „cudzoziemców” z uwagi na niechęć klientów do udostępniania tym osobom prywatnych mieszkań na czas wykonywania prac.

Cudzoziemcy, którym została udzielona w Polsce ochrona międzynarodowa, traktowani są często jak gdyby ich pobyt w Polsce był czasowy. Tymczasem otrzymują oni ww. formy ochrony na czas nieokreślony – do momentu, aż sytuacja w ich kraju poprawi się na tyle, że będą mogli do niego wrócić. W większości krajów pochodzenia sytuacja w kwestii przestrzegania praw człowieka nie normuje się w przeciągu kilku lub kilkunastu lat i ludzie ci zostają w Polsce na całe życie. Karty pobytu wydawane są – jak każdy tego typu dokument – na pewien czas (rok bądź dwa), po upływie którego należy je wymienić na nowe. Potwierdzają one status prawny w Polsce i tożsamość cudzoziemca. Ich czasowa ważność nie oznacza, że pozwolenie na pobyt w Polsce zostaje wydane na okres ważności karty pobytu, jak niejednokrotnie urzędnicy interpretują ich status prawny w Polsce. W piśmiennictwie przyjmuje się pogląd, iż wspólnotę samorządową tworzą także cudzoziemcy, którym udzielono zgody na pobyt czasowy w Polsce, a nawet ci przebywający w naszym kraju nielegalnie⁴⁰. W kwestii przynależności do wspólnoty gminnej nie powinny też mieć znaczenia takie względy jak rasa, narodowość czy obywatelstwo, ani czas zamieszkiwania w danej gminie, nieistotne są także okoliczności natury administracyjno-prawnej, np. zameldowanie na terenie danej gminy⁴¹.

W związku z powyższym uznać należy, iż praktyka Wydziałów Lokalowych odmawiających cudzoziemcom możliwości ubiegania się o mieszkania komunalne i przyznawania im lokali z zasobów miasta lub gminy w ww. zakresie nosi znamiona dyskryminacji pośredniej. Uderza wyłącznie w cudzoziemców – obywatele polscy nie mają tego typu problemów, bowiem mimo długiego oczekiwania w kolejce mają oni szansę na uzyskanie mieszkania. Cudzoziemcy nawet takiej szansy nie otrzymują. Praktyka Wydziałów Lokalowych nie jest też obiektywnie uzasadniona legalnym celem.

Podjęte działania

Stowarzyszenie w 2009 r. wystosowało serię pism do władz dzielnic, władz miasta stołecznego Warszawy i okolicznych gmin, podejmowało także interwencje telefoniczne w indywidualnych sprawach.

W sprawie pani Zory przedstawicielka Stowarzyszenia osobiście spotkała się z Prezydentem Pruszkowa, próbując wyjaśnić sprawę i w celu doprowadzenia do uwzględnienia jej wniosku o przydział mieszkania, jednak władze miasta nie zmieniły swojego stanowiska. Stowarzyszenie pomogło zatem sformułować oficjalny wniosek do Rady Miejskiej o zmianę przepisu uchwały, w odpowiedzi na co cudzoziemka została zaproszona na obrady rady. W sesji wzięły udział także przedstawicielki Stowarzyszenia, które poparły sprawę pani Zory. Niestety radni odrzucili wniosek o zmianę spornego punktu uchwały, ponownie argumentując to faktem, że skoro cudzoziemka nie ma stałego pobytu (zameldowania), nie może ubiegać się o lokal komunalny w ich mieście.

⁴⁰ M. Kumela-Romańska, *Administracyjno-prawny status cudzoziemca-członka wspólnoty samorządowej*, teza nr 1 i 2, „Samorząd Terytorialny” 2007 nr 6, s. 42.

⁴¹ E. Olejniczak-Szałowska, *Członkostwo wspólnoty samorządowej*, „Samorząd Terytorialny” 1996 nr 5, s. 3.

Wystosowana została także skarga do Wojewody Mazowieckiego, który co prawda nie znalazł podstaw prawnych do podjęcia z urzędu działań nadzorczych, zmierzających do stwierdzenia nieważności zapisów uchwały, jednak w swoim piśmie wyraźnie wskazał, że „dla przyjęcia danej osoby za mieszkańca danej gminy nie ma znaczenia fakt zameldowania ani jego okres trwania. Mieszkańcem gminy jest każda osoba fizyczna, która ma miejsce zamieszkania na terenie konkretnej gminy (wyrok WSA w Opolu z dnia 7 maja 2009 r. sygn. akt II SA/Op 93/09).” W związku z odmową zmiany uchwały, skierowana została skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, wyznaczony już został termin rozprawy.

Skutek podjętych działań

Na większość pism Stowarzyszenie otrzymało odpowiedź, iż praktyka poszczególnych urzędów nie ma charakteru dyskryminacji, cudzoziemcy traktowani są tak samo jak obywatele polscy⁴², a jedynym problemem jest brak wystarczającej liczby mieszkań w zasobie gminy. Urząd miasta stołecznego Warszawy stoi na stanowisku, iż odstępienie od badania kryteriów wobec wskazanych przez WCPR uchodźców świadczy o uprzywilejowaniu tej grupy mieszkańców, nie zaś o ich dyskryminacji. Z kolei od jednej z gmin Stowarzyszenie otrzymało pismo, z którego wynika, iż zgodnie z uchwałą rady miejskiej, o najem mieszkania z jej zasobów może ubiegać się osoba, która jest zameldowana na pobyt stały na terenie gminy przez co najmniej 3 lata lub zamieszkuje na terenie gminy od co najmniej 6 lat. Tymczasem są to wymogi, których nie mogą spełnić cudzoziemcy przebywający w Polsce krócej niż kilka lat.

Wnioski

Uchodźcy, cudzoziemcy z ochroną międzynarodową lub zgodą na pobyt tolerowany mają pełne prawo, aby ich wnioski o wynajęcie mieszkania z zasobów gminy były rozpatrzone na takich samych zasadach, jak wnioski obywateli polskich, a po spełnieniu warunków, mają oni prawo do otrzymania mieszkania. Wprowadzanie do uchwał w sprawie zasad wynajmowania lokali komunalnych wymogów „związania” cudzoziemca z daną dzielnicą czy gminą, w szczególności poprzez fakt bycia zameldowanym na jej terenie, jest niczym nieuzasadnione i stanowi dyskryminację pośrednią. Także odmowa kwalifikowania cudzoziemców do kolejki osób oczekujących na lokal tylko dlatego, iż posiadają kartę pobytu wydaną na czas oznaczony, jest działaniem bezprawnym i nie może mieć miejsca.

⁴² Tymczasem z badań przeprowadzonych w grudniu 2009 r. przez Stowarzyszenie Interwencji Prawnej i Instytut Spraw Publicznych wynika, że w urzędnicy wprost twierdzą, iż cudzoziemcy są pomijani w kolejkach i na listach, bowiem należy się im 5 mieszkań rocznie (zgodnie z uchwałą rady miasta) i więcej im w związku z tym nie przysługuje – patrz: *Ewaluacja funkcjonowania instytucji społecznego wsparcia m. st. Warszawy w zakresie właściwej realizacji praw przymusowych migrantów*, red. W. Klaus, J. Frelak, Warszawa 2010.

4.9. Utrudnienia w uzyskaniu numeru PESEL

Stan faktyczny

Do Stowarzyszenia Interwencji Prawnej w latach 2008–2009 zgłaszało się coraz więcej cudzoziemców, którzy napotykali na utrudnienia ze strony Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w uzyskaniu numeru PESEL. Problem braku posiadania PESEL-u dotyka uchodźców, osoby z ochroną uzupełniającą lub pobytom tolerowanym, łącznie zwane osobami objętymi w Polsce ochroną międzynarodową. Cudzoziemcy ci legalnie przebywają w naszym kraju. Mieszkają oni w wynajmowanych, prywatnych mieszkaniach, gdyż innego lokum nie są w stanie uzyskać, szczególnie w pierwszych latach pobytu w Polsce. Wynajmujący jednak bardzo niechętnie meldują cudzoziemców, co wiąże się z nieznamościami przepisów i przeświadczeniem wynajmujących, iż osoba zameldowana posiada większe uprawnienia do wynajmowanego lokalu, jak również z chęcią ominięcia przepisów podatkowych. W związku z tym stanem, cudzoziemcy ci w praktyce pozbawieni są możliwości uzyskania zameldowania, niezbędnego do otrzymania numeru PESEL.

Diagnoza stanu prawnego

Zgodnie z art. 31a ust. 2 i 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych⁴³ numer PESEL mogą otrzymać cudzoziemcy, którzy są zameldowani lub mają ubezpieczenie społeczne bądź zdrowotne. Na podstawie art. 31 b ust.1 ww. ustawy numer PESEL może być nadany innym osobom, jeżeli odrębne przepisy przewidują potrzebę jego posiadania.

Art. 31b ustawy o ewidencji ludności i dowodach osobistych daje możliwość uzyskania numeru PESEL przez osoby inne niż zameldowane, na ich pisemny wniosek. Od cudzoziemców wymaga się jednak wskazania konkretnego przepisu prawa, przewidującego potrzebę jego posiadania. Stanowi to przeszkodę nie do przejścia dla osób nieznających często języka polskiego, nie mówiąc już o przepisach prawa polskiego. Cudzoziemcy potrzebują numeru PESEL z różnych powodów, np. w związku z podjęciem pracy, rejestracją w przychodni czy objęciem ubezpieczeniem zdrowotnym członków rodziny przez osobę pracującą. Z MSWiA otrzymują jednak odmowną odpowiedź i zostają poinformowani, iż to pracodawca powinien wystąpić w wnioskiem o przyznanie numeru PESEL pracownikowi.

Po pierwsze, prawo wyraźnie stanowi, iż minister właściwy do spraw wewnętrznych może nadać numer PESEL osobom innym niż wymienione w art. 31a ust. 3 na ich pisemny wniosek. Po drugie, nieraz pracodawca nie orientuje się w sytuacji prawnej i faktycznej zatrudniania obywateli innych państw, w związku z czym obowiązkiem uzyskania numeru PESEL obarcza cudzoziemca, albo też nie ma ochoty na prowadzenie dodatkowych czasochłonnych i niestandardowych czynności. Nie należy oczekiwać, że cudzoziemiec będzie polemizować z przyszłym pracodawcą i narażać się na ryzyko odstąpienia od zawarcia umowy. W praktyce zatem to cudzoziemiec jest zmuszony wystąpić o nadanie numeru PESEL. Po trzecie wresz-

⁴³ Dz. U. z 2006 r., Nr 139, poz. 993 z późn. zm.

cie, nie wszyscy cudzoziemcy podejmują pracę (jest to szczególnie utrudnione w początkowym okresie ich przebywania w Polsce, gdy nie znają jeszcze języka), a numer PESEL jest im potrzebny np. w przypadku leczenia.

Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. dyskryminacja pośrednia ma miejsce, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego w stosunku do innych osób, chyba że taki przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione legalnym celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne. Powołane wyżej przepisy w praktyce prowadzą do niekorzystnej sytuacji wyłącznie dla cudzoziemców, gdyż większość obywateli polskich nie ma problemów z zameldowaniem ani z ubezpieczeniami, łatwiej im też uzyskać numer PESEL na podstawie art. 31b ust. 1 ww. ustawy (numer ten jest nadawany także od razu wszystkim noworodkom narodowości polskiej). Zarówno ww. przepisy prawne, jak i praktyka Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w zakresie odmowy nadawania numeru PESEL cudzoziemcom objętym ochroną międzynarodową i nieposiadającym zameldowania mają charakter dyskryminujący. Nie są one obiektywnie uzasadnione legalnym celem. Prowadzi to do dyskryminacji cudzoziemców – osób o innej narodowości, rasie czy pochodzeniu etnicznym.

Podjęte działania

Stowarzyszenie wystosowało pismo do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, informujące o wyżej opisaney sytuacji. Zwróciło się także z prośbą o podjęcie stosownych działań, mających na celu zmianę dotychczasowej praktyki stosowania ww. przepisów i rozpoczęcie nadawania numerów PESEL osobom, zwracającym się do ministerstwa i nieposiadającym meldunku (praktyka taka była przez lata prowadzona w ministerstwie), a także w miarę możliwości o zmianę przepisów prawnych w tym zakresie.

Skutek podjętych działań

W odpowiedzi Ministerstwo poinformowało Stowarzyszenie, iż egzekwowanie obowiązku meldunkowego od cudzoziemców nie stanowi dyskryminacji. Wręcz odwrotnie, nie egzekwowanie od nich tego obowiązku – wbrew przepisom prawa – stawiałyby te osoby w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do obywateli polskich. Ponadto możliwość przyznania numeru PESEL bez spełniania wymogu posiadania meldunku stanowi wyjątek od zasady, tj. uzależnienia przyznania PESEL-u od zameldowania. A szczególność tej regulacji polega na tym, iż to na wnioskodawcy ciąży obowiązek wykazania, że nie jest w stanie spełnić wymogu posiadania meldunku. Z otrzymanej odpowiedzi wynika, że Ministerstwo zupełnie nie rozumie problemu dyskryminacji cudzoziemców.

W 2009 i 2010 r. praktyka Ministerstwa w kwestii nadawania cudzoziemcom numeru PESEL w wyżej opisanym trybie nie uległa zmianie. Ministerstwo przyznaje jednak numer PESEL, gdy występuje o to w

imieniu cudzoziemca np. Urząd Pracy. Ponadto centralny ośrodek recepcyjny dla uchodźców w Dębaku od pewnego czasu melduje na pobyt czasowy cudzoziemców objętych ochroną, dzięki czemu mogą oni wystąpić z prośbą o nadanie tego numeru do urzędu gminy.

Wnioski

Każdy cudzoziemiec, który nie może uzyskać numeru PESEL poprzez zwrócenie się do władz gminy miejsca zameldowania, powinien móc go uzyskać dzięki zwróceniu się do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji. Praktyka działania komórki Ministerstwa, która odpowiada za te zagadnienia, polegająca na odmowie nadawania tego numeru, jest nie tylko niezgodna z przepisami ustawy o ewidencji ludności, ale także – co zostało wyżej wskazane – może zostać uznana za praktykę dyskryminującą cudzoziemców.

4.10. Przewlekłość procedury wydawania kart pobytu

Stan faktyczny

Cudzoziemcy starający się w Polsce o nadanie statusu uchodźcy posługują się specjalnymi dokumentami o nazwie Tymczasowe Zaświadczenie Tożsamości Cudzoziemca (TZTC)⁴⁴. Ponieważ na czas trwania postępowania w tej sprawie cudzoziemcom są odbierane paszporty, TZTC jest dokumentem potwierdzającym ich tożsamość oraz legalność przebywania w Polsce. Karty wydawane są na określony czas, po upływie którego należy wystąpić o nowy dokument, a stary oddać. Cudzoziemcy, którzy uzyskali w Polsce ochronę, np. zgodę na pobyt tolerowany, otrzymują karty pobytu, które po upływie okresu ważności również należy wymienić.

Do Stowarzyszenia nieustannie zgłaszają się cudzoziemcy z problemem przedłużającego się okresu oczekiwania na wydanie nowych kart, który nieraz przeciąga się nawet do dwóch, trzech miesięcy. Nie dysponują oni wówczas żadnymi innymi dokumentami potwierdzającymi ich tożsamość oraz legalność pobytu w Polsce. W konsekwencji pozbawieni są możliwości korzystania z przysługujących im uprawnień, np. legalnej pracy⁴⁵, a rutynowa kontrola dokumentów (np. przez Policję czy Straż Graniczną) grozi zatrzymaniem w celu ustalenia tożsamości.

Analiza stanu prawnego

Przepisy, regulujące tryb wydawania cudzoziemcom kart pobytu, ich wymiany, wnoszenia opłat etc., nie normują kwestii terminów, zgodnie z którymi właściwe organy mają obowiązek wydać lub wymienić te dokumenty. Przepisy odnoszące się do wydawania dokumentów tożsamości obywatelom polskim również nie

⁴⁴ Są one wydawane na podstawie art. 55 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2006 r., Nr 234, poz. 1695 z późn. zm.).

⁴⁵ Możliwość taką przewiduje art. 36 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP, zgodnie z którym jeżeli po upływie 6 miesięcy od dnia złożenia wniosku o nadanie statusu uchodźcy bez winy cudzoziemca (np. z powodu celowego opóźniania postępowania) nie została wydana decyzja w pierwszej instancji, wydaje się zaświadczenie, które wraz z TZTC stanowi podstawę do wykonywania legalnej pracy na terytorium RP.

precyzują okresu oczekiwania w takich przypadkach. Zastosowanie mają zatem przepisy ogólne kodeksu postępowania administracyjnego. Zgodnie z art. 12 § 1 kpa organy administracji publicznej powinny działać w sprawie wnikliwie i szybko, postępując się możliwie najprostszymi środkami prowadzącymi do jej załatwienia. Paragraf 2 stanowi, że sprawy, które nie wymagają zbierania dowodów, informacji lub wyjaśnień, powinny być załatwione niezwłocznie, a art. 35 wprowadza zasadę, zgodnie z którą organy administracji publicznej obowiązane są załatwiać je bez zbędnej zwłoki, to znaczy natychmiast, kiedy tylko jest to możliwe. Załatwienie sprawy wymagającej postępowania wyjaśniającego powinno nastąpić nie później niż w ciągu miesiąca, a w szczególnie skomplikowanych przypadkach – nie później niż w ciągu dwóch miesięcy od dnia wszczęcia postępowania (art. 35 § 3 kpa).

Wydanie karty pobytu nie stanowi czynności szczególnie skomplikowanej, zatem powinna ona zostać załatwiona najpóźniej w ciągu miesiąca, a jeśli jest to możliwe, to nawet wcześniej. Biorąc pod uwagę praktykę wydawania dowodów osobistych, obywatel polski czeka na nowy dokument ok. 2 tygodni (ponadto zazwyczaj posiada on inne dokumenty potwierdzające tożsamość, np. prawo jazdy lub paszport).

Artykuł 32 Konstytucji stanowi, iż wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. W stosunku do cudzoziemców Konstytucja przewiduje wyjątek od zasady korzystania z wolności i praw w niej zapewnionych, odsyłając w tym zakresie do regulacji ustawowych (art. 37 ust. 2). W opisywanej sprawie przepisy ustaw nie wprowadzają jednak zróżnicowanego traktowania obywateli polskich i obywateli innych narodowości. Opisana praktyka oznacza odmienne traktowanie osób innej narodowości znajdujących się w podobnej do obywateli polskich sytuacji i nie jest prawnie uzasadniona – można ją zatem uznać za działanie o charakterze dyskryminacyjnym.

Podjęte działania

Stowarzyszenie Interwencji Prawnej wystosowało do Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców pismo z prośbą o wyjaśnienie kwestii przewlekłości w wydawaniu cudzoziemcom kart pobytu. Pismo zostało przekazane również do wiadomości Rzecznika Praw Obywatelskich i Biura Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców (UNHCR) w Polsce.

Stowarzyszenie otrzymało pismo od Rzecznika Praw Obywatelskich, informujące o przyjęciu do wiadomości treści pisma i zwróceniu się przez Rzecznika do Szefa Urzędu z prośbą o rozważenie możliwości podjęcia działań zmierzających do usprawnienia procedury wydawania dokumentów. Następnie Rzecznik poinformował Stowarzyszenie o zleceniu przez Szefa Urzędu przeprowadzenia kontroli wewnętrznej. W związku z brakiem informacji o jej efektach, Rzecznik zwrócił się do Szefa Urzędu po raz kolejny i uzyskał odpowiedź, zgodnie z którą w Urzędzie opracowywane są ostateczne wnioski pokontrolne, po sformułowaniu których podjęte zostaną działania reorganizujące strukturę Urzędu i zmierzające do skrócenia czasu oczekiwania na wspomniane wyżej dokumenty. Następnie Rzecznik poinformował Stowarzyszenie o zakoń-

czeniu postępowania wyjaśniającego w sprawie – zgodnie z informacją uzyskaną z Urzędu, przeprowadzona kontrola potwierdziła uchybienia, dotyczące organizacji pracy w komórkach odpowiedzialnych za wymianę kart. Uznano, iż konieczne jest utworzenie w Urzędzie jednostki zajmującej się całością procedury wymiany kart pobytu. Rozważana jest także możliwość powierzenia drukowania niektórych dokumentów zewnętrznej, wyspecjalizowanej instytucji.

W odrębnym piśmie Stowarzyszenie zostało również poinformowane o działaniach Urzędu. Zgodnie z wyjaśnieniem Szefa Urzędu prowadzone jest podsumowanie ustaleń z zakończonej kontroli, która wykazała problemy organizacyjne i kadrowe komórek Urzędu, stanowiące przyczynę zaistniałej sytuacji. Po sformułowaniu ostatecznych wniosków, podjęte zostaną działania reorganizujące strukturę jednostki, mające na celu skrócenie czasu oczekiwania przez cudzoziemców na wydanie dokumentów.

Na początku 2009 r. Stowarzyszenie wystosowało do Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji kolejne pismo sygnalizujące problem, które pozostało jednak bez odpowiedzi.

Skutek podjętych działań

W 2008 r., pomimo podjętej interwencji i trwającej ponad pół roku wymiany korespondencji, z informacji uzyskanych od cudzoziemców wynikało, że na karty pobytu oczekuje się nadal przeciętnie 2 miesiące. Jest to czas, w którym cudzoziemiec pozostaje bez dokumentu tożsamości. W 2009 r. zaobserwować można było stopniową poprawę sytuacji – czas oczekiwania na kartę pobytu skrócił się do 4–6 tygodni. W 2010 r. średni czas wynosił ok. 6 tygodni.

Wnioski

W państwie prawnym, jakim jest Polska, niedopuszczalne jest, by cudzoziemcy przebywali bez ważnych dokumentów, jeżeli wina za zaistniałą sytuację leży po stronie organu publicznego, a cudzoziemiec dopełnił w terminie wszelkich formalności. Organy publiczne odpowiedzialne za wydawanie dokumentów cudzoziemcom powinny wprowadzić takie rozwiązania organizacyjne, aby wydawanie kart pobytu następowało bez zbędnej zwłoki.

4.11. Niemożność uzyskania przez cudzoziemców z pobytem tolerowanym polskiego dokumentu podróży

Stan faktyczny

Pan Mohammad, przebywający w Polsce na podstawie zgody na pobyt tolerowany, chciał wyjechać za granicę, aby spotkać się z rodziną, której od dawna nie widział. Nie miał paszportu i nie mógł zwrócić się do ambasady kraju pochodzenia, złożył zatem wniosek do właściwego miejscowo wojewody o wydanie polskiego dokumentu podróży. Odmówiono mu, bowiem zgodnie z przepisami cudzoziemcowi, który uzyskał zgodę na pobyt tolerowany, nie można wydać polskiego dokumentu podróży.

Diagnoza stanu prawnego

Zgodnie ze znowelizowanym w 2008 r. brzmieniem art. 73 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach, osobie, która uzyskała zgodę na pobyt tolerowany w Polsce, nie można wydać polskiego dokumentu podróży. Przed zmianą ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁴⁶, wprowadzającej możliwość przyznania cudzoziemcowi innej niż status uchodźcy formy ochrony międzynarodowej (ochrony uzupełniającej), katalog osób, którym można wydać polski dokument podróży, zawierał osoby z pobytem tolerowanym. Wraz z nowelizacją ustawy grupa ta została całkowicie pominięta. Jest to zupełnie niezrozumiałe i krzywdzące dla cudzoziemców, są to bowiem osoby w znakomitej większości przypadków na stałe związane z Polską. Uzasadnienie do projektu ustawy nie zawiera jakiegokolwiek *ratio legis* do wprowadzonej zmiany. Przeczytać w nim można jedynie, iż „Uzupełniono przepisy wskazujące cudzoziemców, którym wydawana jest karta pobytu, polski dokument podróży dla cudzoziemca oraz tymczasowy polski dokument podróży dla cudzoziemca, o cudzoziemców posiadających ochronę uzupełniającą”. Takie sformułowanie wskazuje na niedopatrzenie ustawodawcy, który być może zupełnie omyłkowo pominął cudzoziemców z pobytem tolerowanym.

Cudzoziemiec, któremu udzielono zgody na pobyt tolerowany na podstawie art. 97 ust. 1 pkt 2 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP, nie ma możliwości otrzymania dokumentu podróży w placówce kraju pochodzenia. Może też słusznie obawiać się kontaktu z władzami swojego kraju, np. z powodu prześladowań, jakich w nim doświadczył. Ponadto w wielu przypadkach placówki dyplomatyczne tzw. krajów trzecich w Polsce po prostu nie przyznają się do swoich obywateli, nie chcą potwierdzać ich danych osobowych ani wydawać żadnych dokumentów.

Zgodnie z artykułem 47 Konstytucji RP każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Artykuł 32 Konstytucji stanowi natomiast, iż nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. W stosunku do cudzoziemców Konstytucja przewiduje wyjątek od zasady korzystania z wolności i praw w niej zapewnionych, odsyłając w tym zakresie do regulacji ustawowych (art. 37 ust. 2). Mając na uwadze jednak brak jakiegokolwiek *ratio legis*, o czym była mowa wyżej, w pozbawieniu cudzoziemców z pobytem tolerowanym możliwości uzyskania polskiego dokumentu podróży, należy uznać, iż przepis art. 73 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach stoi w sprzeczności z przyznanym – także cudzoziemcom – prawem do prywatności i zasadą niedyskryminacji. Skoro inne grupy cudzoziemców, którym przyznano prawo do legalnego pobytu na terytorium RP, mają możliwość uzyskania polskiego dokumentu podróży, osoby z pobytem tolerowanym również powinny mieć takie samo prawo w tym zakresie. Szczególnie, że przed 2008 r. ta grupa cudzoziemców prawo takie posiadała, a uzasadnienie nowelizacji ustawy nie wyjaśnia celowości wprowadzenia zmiany.

⁴⁶ Ustawa z dnia 18 marca 2008 r. o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 70, poz. 416).

Także Europejska Konwencja Praw Człowieka, której Polska jest stroną, gwarantuje poszanowanie prawa do prywatności. Zgodnie z art. 8 każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia oraz moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Prawo do prywatności rozumiane jest bardzo szeroko, jak wskazuje linia orzecznicza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Prawo do podróżowania, przemieszczania się, wyjazdu za granicę (oczywiście w przypadku cudzoziemców, którym zgodnie z procedurą danego państwa przyznano prawo legalnego pobytu czy ochronę międzynarodową) z pewnością należy do sfery życia prywatnego. Brak możliwości decydowania o swoim losie stanowi poważne ograniczenie praw obywatelskich i jest niczym nieuzasadniony. Ponadto zgodnie z artykułem 14 Konwencji korzystanie z praw i wolności w niej wymienionych powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn.

Polska jest także stroną Protokołu nr 4 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, który w art. 2 ust. 2 gwarantuje, że każdy (a więc również cudzoziemiec legalnie przebywający na terytorium danego kraju) może swobodnie opuścić jakikolwiek kraj, także swój własny. Oczywiście jest to prawo, które może być ograniczone, jednak zgodnie z ust. 3 ograniczenia muszą być konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na bezpieczeństwo państwowe i publiczne, porządek publiczny, zapobieganie przestępczości, ochronę zdrowia lub moralności albo ochronę praw i wolności innych osób. Przyznanie możliwości opuszczenia kraju przez cudzoziemców legalnie zamieszkujących na jego terytorium nie wydaje się być przesłanką zastosowania ustępu 3.

Poza tym Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską w art. 63 ust. 4 nakłada na Radę obowiązek uchwalenia w ciągu 5 lat od wejścia w życie Traktatu z Amsterdamu środków określających prawa i warunki, na jakich obywatele państw trzecich przebywający legalnie w jednym Państwie Członkowskim mogą przebywać w innych Państwach Członkowskich. Wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (tzw. kodeks graniczny Schengen) w art. 5 ust. 1 lit. a) zezwala na przekraczanie granic Unii Europejskiej obywatelom państw trzecich, którzy posiadają ważny dokument podróży lub dokumenty uprawniające do przekroczenia granicy. Oznacza to, że ustawodawca europejski przyjął, iż obywatele krajów trzecich, po spełnieniu określonych warunków, mogą bez przeszkód przekraczać granice zewnętrzne i wewnętrzne UE. Jednak aby skorzystać z tego prawa, cudzoziemiec musi posiadać jakikolwiek dokument uprawniający go do przekroczenia granicy.

Mając na uwadze powyższe, w opinii Stowarzyszenia przepis art. 73 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach stoi w sprzeczności z przepisami prawnymi wyższego rzędu, tj. Konstytucją RP, prawem wspólnotowym i regulacjami międzynarodowymi.

Podjęte działania

Stowarzyszenie skierowało pismo do MSWiA z propozycją zmiany tej niekorzystnej regulacji i przekazało je także do wiadomości Rzecznika Praw Obywatelskich. Przygotowano także odwołanie od decyzji wojewody, w której odmówiono wydania panu Mohammadowi polskiego dokumentu podróży, a następnie skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego na decyzję Urzędu do Spraw Cudzoziemców, utrzymującą w mocy decyzję wojewody. WSA oddalił skargę. W 2010 r. złożona została skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego. W przypadku negatywnego wyroku i po wyczerpaniu wszystkich przysługujących środków odwoławczych zostanie wniesiona skarga konstytucyjna do Trybunału Konstytucyjnego, mająca na celu zbadanie zgodności przepisu art. 73 ust. 1 z Konstytucją RP.

Wnioski

Osoba, która otrzymała zgodę na pobyt tolerowany, jest w Polsce legalnie. Przysługują jej uprawnienia cudzoziemca, któremu udzielono zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej⁴⁷. Ponadto cudzoziemcowi, który posiada zgodę na pobyt tolerowany, nie można wydać decyzji o zobowiązaniu do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej ani decyzji o wydaleniu⁴⁸. Przepisy prawne nie ograniczają możliwości poruszania się i wyjazdu za granicę cudzoziemców z pobytem tolerowanym⁴⁹. Uznać zatem należy, iż cudzoziemiec, który uzyskał zgodę na pobyt tolerowany, powinien mieć również możliwość korzystania z prawa przemieszczania się, podróżowania za granicę w celach turystycznych, rodzinnych czy zawodowych.

4.12. Nierówne traktowanie cudzoziemców w urzędach stanu cywilnego

Stan faktyczny

Do Stowarzyszenia zgłasza się coraz więcej cudzoziemców (osób ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy, osób z pobytem tolerowanym lub ochroną uzupełniającą – a zatem legalnie przebywających w Polsce), doświadczających nierównego traktowania ze strony pracowników urzędów stanu cywilnego (dalej USC). Problemy, z jakimi przychodzą oni najczęściej, dotyczą niejednorodnej i niemającej oparcia w przepisach praktyki poszczególnych urzędów.

⁴⁷ Art. 98 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP.

⁴⁸ Art. 101 ww. ustawy.

⁴⁹ Swego rodzaju ograniczenie wprowadza art. 101a ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP, zgodnie z którym w decyzji o udzieleniu zgody na pobyt tolerowany wydanej z uwagi na niemożność wydalenia cudzoziemca zobowiązuje się do zgłaszania się w określonych odstępach czasu do organu wskazanego w decyzji oraz do zawiadamiania tego organu o każdej zmianie miejsca pobytu.

Tak jest na przykład w zakresie procedury zawierania małżeństw. Pan Kodima otrzymał w Nigerii dokument poświadczający urodzenie, który złożył w USC wraz z tłumaczeniem przysięgłym. Urzędnik bez uzasadnienia odmówił uznania autentyczności dokumentu. Zaproponował, by dokument potwierdził za zgodność z oryginałem polski konsul w Nigerii lub by cudzoziemiec zwrócił się do sądu w celu uzyskania zwolnienia z przedstawienia niniejszego dokumentu. W innym urzędzie na podstawie tego samego dokumentu urzędnik udzielił ślubu bez przeszkód.

W innej sprawie urzędnicy USC w Warszawie zażądali przedstawienia aktu małżeństwa od pani Zoreny, która chciała otrzymać akt urodzenia dziecka. Nie dysponowała ona tym dokumentem, nie miała także możliwości, aby wystąpić o jego wydanie do placówki dyplomatycznej kraju pochodzenia. W USC zażądano wówczas, aby stawiała się ze swoim tłumaczem przysięgłym, który miałby przetłumaczyć na miejscu stosowne oświadczenie. W innym USC w identycznej sprawie urzędnicy wydali akt urodzenia bez żadnych dodatkowych wymogów, po okazaniu przez cudzoziemkę paszportu i karty pobytu.

Kolejna sprawa dotyczyła pana Ahmadi, który zwrócił się do USC z prośbą o odtworzenie zagranicznego aktu urodzenia. Kierownik USC poinformował go, że właściwy w tej sprawie jest sąd rejonowy. Po złożeniu wniosku do sądu cudzoziemiec został pouczone, że właściwym do wydania decyzji w tym przedmiocie jest kierownik USC w miejsca zamieszkania. Cudzoziemiec udał się więc z powrotem do USC, gdzie co prawda został przyjęty, jednak musiał dostarczyć szereg dodatkowych dokumentów poświadczonych notarialnie. Przez to cała procedura przedłużyła się o kilka miesięcy, a cudzoziemiec poniósł dodatkowe koszty, co było zupełnie niepotrzebne.

Wszystkie opisane powyżej sytuacje łączy jedno – wymagania urzędów stanu cywilnego stawiane wobec cudzoziemców nie mają oparcia w przepisach prawnych.

Diagnoza stanu prawnego

Zgodnie z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1986 r. prawo o aktach stanu cywilnego⁵⁰ cudzoziemiec zamierzający zawrzeć małżeństwo jest obowiązany złożyć kierownikowi urzędu stanu cywilnego dokument stwierdzający, że zgodnie z prawem państwa swojego pochodzenia może zawrzeć małżeństwo. W razie utrudnień w zdobyciu tego dokumentu, sąd może zwolnić cudzoziemca z tego obowiązku. Z doświadczenia Stowarzyszenia Interwencji Prawnej wynika, iż w wielu przypadkach przedstawiane przez cudzoziemców oryginały stosownych dokumentów wydane w państwach pochodzenia (wraz z ich tłumaczeniem przysięgłym) nie są honorowane przez USC bez przeprowadzenia formalnego postępowania dowodowego. Nieformalnie jako powody urzędnicy podają następujące argumenty: inne niż wymagane przez urząd sformułowanie treści dokumentu, wątpliwości co do podpisu i pieczęci przedstawiciela urzędu zagranicznego wydającego wymagany dokument lub co do autentyczności dokumentów. Cudzoziemcy w takich sytuacjach są

⁵⁰ Dz. U. z 2004 r., Nr 161, poz. 1688 z późn. zm.

automatycznie „odsyłani” do sądu, gdzie mają uzyskać zwolnienie z obowiązku przedstawienia dokumentu, który *de facto* posiadają, lub do polskiego konsula, który ma potwierdzić prawdziwość danego dokumentu. W praktyce oznacza to niczym nieuzasadnione przedłużenie o kilka miesięcy procedury zawarcia związku małżeńskiego i pociąga za sobą dodatkowe koszty.

Zgodnie z art. 54 ust. 1 ww. ustawy osoba zamierzająca zawrzeć małżeństwo jest obowiązana przedstawić dokument stwierdzający tożsamość (oprócz pozostałych wymaganych dokumentów). Przepis ten odnosi się zarówno do obywateli polskich, jak i cudzoziemców pragnących zawrzeć związek małżeński przed urzędnikiem stanu cywilnego. Jednak w praktyce od cudzoziemców część urzędów wymaga okazania paszportu uważanego za jedyny dokument stwierdzający tożsamość, a nie uznaje innych dokumentów, np. karty pobytu czy Tymczasowego Zaświadczenia Tożsamości Cudzoziemca (TZTC), wydawanego osobom starającym się o status uchodźcy na czas trwania procedury – zatem dokumentów wydawanych przez polskie urzędy. Cudzoziemcy bardzo często nie posiadają paszportu, ponieważ utracili go, stracił on swoją ważność albo został zatrzymany w związku z toczącą się procedurą o nadanie statusu uchodźcy (zatrzymanie paszportu jest wówczas standardową procedurą Urzędu ds. Cudzoziemców). TZTC jest zatem jedynym dokumentem potwierdzającym ich tożsamość, w tym właśnie celu jest wydawane i powinno być honorowane przez wszystkie USC.

Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. dyskryminacja pośrednia ma miejsce, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego w stosunku do innych osób, chyba że taki przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione legalnym celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne. Praktyka urzędów stanu cywilnego w ww. zakresie ma charakter dyskryminujący. Uderza bowiem wyłącznie w cudzoziemców – obywatele polscy nie mają tego typu problemów. Praktyka USC nie jest obiektywnie uzasadniona legalnym celem, a środki mające służyć jego osiągnięciu nie są odpowiednie i konieczne. Niejednolita praktyka USC prowadzi zatem do dyskryminacji cudzoziemców – osób o innej narodowości, rasie czy pochodzeniu etnicznym.

Podjęte działania

Pracownicy Stowarzyszenia Interwencji Prawnej wielokrotnie podejmowali interwencje telefoniczne oraz osobiście pomagali rozwiązać problemy, z jakimi zgłaszali się cudzoziemcy w związku z niewłaściwą praktyką urzędników. Z uwagi na powtarzające się przypadki wyżej opisanych zachowań, Stowarzyszenie wystosowało do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji pismo z prośbą o podjęcie działań, mających na celu ujednoczenie praktyki stosowania przez USC ustawy prawo o aktach stanu cywilnego oraz pouczenie kierowników wszystkich USC o konieczności poprawnej interpretacji i stosowania przepisów prawnych odnoszących się do cudzoziemców, a także o bieżące monitorowanie przestrzegania przez nich tych przepisów. Na początku 2009 r. Stowarzyszenie otrzymało z Ministerstwa pismo informujące o wszczęciu działań nad-

zorczych nad praktyką urzędów stanu cywilnego. Ministerstwo wystosowało także pismo do wszystkich wojewodów z poleceniem wyeliminowania nieprawidłowości, na które Stowarzyszenie zwróciło uwagę. Od tego czasu można było zaobserwować niewielką poprawę, choć nadal praktyka stosowania prawa była niejednolita – w niektórych urzędach wymaga się więcej, niż jest to przewidziane przepisami prawa, podczas gdy w innych urzędnicy „przymykają oko” na wymogi trudne do spełnienia przez cudzoziemców i idą im „na rękę”. Niestety w 2010 r. sytuacja zmienia się na gorsze, gdyż urzędnicy niektórych urzędów stanu cywilnego w Warszawie w bardzo dowolny sposób interpretują przepisy w stosunku do cudzoziemców. Sprawę udaje się jednak zazwyczaj załatwić po interwencji pracownika Stowarzyszenia, co pokazuje, że wcześniej formułowane przez urzędników wymagania nie są umocowane w przepisach. Stowarzyszenie ponownie wystosowało do MSWiA pismo informujące o problemach cudzoziemców, jakie pojawiają się przy załatwianiu spraw w urzędach stanu cywilnego. Otrzymałszy odpowiedź, do której dołączono wystąpienie skierowane do wojewódzkich organów nadzoru nad działalnością kierowników urzędów stanu cywilnego, mające na celu wskazanie poprawnych metod działania, ujednoczenie sposobu postępowania przez pracowników urzędów i zapobieżenie występowaniu nieprawidłowości w przyszłości.

Wnioski

Powyższe przykłady wskazują na bardzo rozbieżną praktykę USC w interpretacji przepisów prawa, które dla wszystkich powinny być jednakowe. Jest to absolutnie niedopuszczalne, bowiem podważa fundamentalną zasadę zaufania obywateli do organów państwowych, wyrażoną w art. 8 kodeksu postępowania administracyjnego, jak również stoi w sprzeczności z art. 6 kpa, zgodnie z którym organy administracji publicznej działają na podstawie prawa. Pozytywny jest jednak fakt, że Ministerstwo reaguje na wystąpienia Stowarzyszenia i podejmuje działania zmierzające do poprawy obsługi cudzoziemców w urzędach.

4.13. Kontrola legalności pobytu cudzoziemców podczas zawierania ślubów

Stan faktyczny

Z informacji przekazywanych przez cudzoziemców i kierowników urzędów stanu cywilnego w Warszawie i okolicach wynika, iż funkcjonariusze Straży Granicznej zobowiązują pracowników urzędów do informowania ich o terminach ślubów obcokrajowców lub innych czynności aktu cywilnego przez nich dokonywanych (np. uznania dziecka). Następnie w wyznaczonym dniu zjawiają się oni w urzędzie tuż przed ceremonią lub w jej trakcie i legitymują cudzoziemców. W przypadku osób przebywających w Polsce nielegalnie kontrola kończy się zatrzymaniem i osadzeniem w areszcie deportacyjnym, co w konsekwencji znacznie utrudnia zawarcie związku małżeńskiego.

W 2010 r. do Stowarzyszenia zgłosiła się narzeczona pana Konstantina. Cudzoziemiec został zatrzymany w urzędzie stanu cywilnego w trakcie czynności uznawania swojego dziecka, urodzonego ze związku z

obywatelką polską, a następnie wydalony z Polski, mimo wysokiego prawdopodobieństwa otrzymania zgody na pobyt tolerowany.

Diagnoza stanu prawnego

Zgodnie z przepisami ustawy o cudzoziemcach Straż Graniczna uprawniona jest do kontroli legalności pobytu cudzoziemców i działania funkcjonariuszy w urzędach stanu cywilnego należy uznać za zgodne z prawem. Jednak zgodnie z art. 9 ust. 5 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej⁵¹ funkcjonariusze w toku wykonywania czynności służbowych mają obowiązek respektowania godności oraz przestrzegania wolności oraz praw człowieka i obywatela.

Ponadto kontrola legalności zawarcia małżeństwa dokonywana zgodnie z art. 55 ustawy o cudzoziemcach ma charakter działania następczego, a nie prewencyjnego, tj. powinna być prowadzona już po zawarciu ślubu. Organem uprawnionym do jej prowadzenia jest właściwy wojewoda. Przed zawarciem związku małżeńskiego trudne jest sprawdzenie, czy którykolwiek z małżonków zamierzał zawrzeć go z naruszeniem przepisów ustawy.

Art. 47 Konstytucji RP stanowi, iż każdy ma prawo do prawnej ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Natomiast zgodnie z zakazem dyskryminacji, wyrażonym w art. 32 Konstytucji, wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Także Europejska Konwencja Praw Człowieka gwarantuje poszanowanie prawa do prywatności. Zgodnie z art. 8 Konwencji każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia oraz moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Ponadto art. 14 Konwencji stanowi, iż korzystanie z praw i wolności w niej wymienionych powinno być zapewnione bez dyskryminacji z jakichkolwiek przyczyn.

Cudzoziemcy przebywający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nielegalnie, którzy stanowią zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, powinni być osadzani w ośrodkach detencyjnych, ale nie wydaje się, aby taka przesłanka zachodziła w większości przypadków cudzoziemców – narzeczonych obywateli polskich zawierających związek małżeński. Stąd praktyka Straży Granicznej, zmierzająca do każdorazowej kontroli legalności pobytu cudzoziemca-nupturienta nie powinna mieć miejsca. Jeżeli jednak dojdzie do zatrzymania cudzoziemca i osadzenia go w ośrodku detencyjnym, polskie władze powinny umożliwić zawarcie związku małżeńskiego w tej placówce. Oznacza to, że do momentu pozyskania przez Straż Graniczną informacji od któregoś z nupturientów o odstąpieniu od chęci wstąpienia

⁵¹ Dz. U. z 1990 r., Nr 78, poz. 462 ze zm.

w związek małżeński z drugą stroną (najlepiej odbieraną na piśmie) nie powinna być wykonana decyzja o wydaleniu cudzoziemca z terytorium RP.

Podjęte działania

Stowarzyszenie wystosowało pismo do Straży Granicznej, a następnie doszło do spotkania przedstawicieli Stowarzyszenia z władzami Komendy Głównej Straży Granicznej w celu omówienia zaistniałego problemu. Otrzymano zapewnienie, iż dotychczasowa praktyka SG ulegnie zmianie, a funkcjonariuszom dokonującym kontroli legalności zostanie przypomniana konieczność przestrzegania praw cudzoziemców. Wystosowane zostało także do Rzecznika Praw Obywatelskich i Komendy Głównej Straży Granicznej pismo w sprawie pana Konstantina. Stowarzyszenie otrzymało odpowiedź, z której wynika, że zatrzymanie i wydalenie cudzoziemca, zdaniem Straży Granicznej, było zgodne z prawem, a „organy Straży Granicznej, realizując ustawowe zadania, kierują się zasadą praworządności”. RPO poinformował natomiast, że wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie.

Skutek podjętych działań

Brakuje informacji, czy sytuacja w jakikolwiek sposób uległa zmianie i czy liczba interwencji funkcjonariuszy w urzędach stanu cywilnego zmniejszyła się. Jak na razie do Stowarzyszenia nie wpłynęła w tej kwestii żadna skarga od cudzoziemców.

Wnioski

Sprawdzanie legalności pobytu cudzoziemców w momencie zawierania przez nich ślubu ma charakter dyskryminujący i stanowi naruszenie prawa do prywatności oraz życia rodzinnego. Mając świadomość procedury zawierania tzw. małżeństw dla pozorów, należy jednak pamiętać, iż nie każde małżeństwo obcokrajowca z obywatelem polskim zawierane jest w celu obejścia prawa⁵². Dlatego funkcjonariusze Straży Granicznej nie powinni sprawdzać legalności pobytu cudzoziemców w tak ważnym i doniosłym momencie, jakim jest ceremonia zawarcia ślubu.

4.14. Odmowa przyjęcia dzieci cudzoziemców do szkoły

Stan faktyczny

Państwo K., starający się w Polsce o status uchodźcy, w 2008 r. zgłosili się do Stowarzyszenia Interwencji Prawnej z prośbą o interwencję w sprawie ich dzieci: Zaremy i Zairy. Rodzina przyjechała do Polski we wrześniu i w związku z tym dziewczynki zostały zapisane do szkoły po terminie egzaminu, który mógłby określić

⁵² Więcej o zagadnieniu zawierania małżeństw polsko-cudzoziemskich patrz w: A. Wróblewska-Zgórzak, *Prawne aspekty zawierania małżeństw polsko-cudzoziemskich*, „Analizy Raporty Ekspertyzy Stowarzyszenia Interwencji Prawnej” 2010, nr 1.

ich poziom edukacji oraz zakwalifikować do odpowiedniej klasy⁵³. Przez cały czas uczęszczania do szkoły dzieci nie zostały objęte pomocą pedagogiczną ani pomocą w nauczaniu. Nie zorganizowano dla nich także dodatkowych lekcji z języka polskiego, choć nie porozumiewały się po polsku. Jediną formą ich aktywności było siedzenie na lekcjach i przepisywanie tekstów z polskich podręczników. Na egzaminie gimnazjalnym osiągnęły więc bardzo słabe wyniki, w związku z czym po ukończeniu gimnazjum nie zostały przyjęte do technikum turystycznego w W., do którego bardzo chciały uczęszczać.

Z podobnym problemem do Stowarzyszenia zgłosiły się również trzy inne rodziny ubiegające się w Polsce o status uchodźcy. W jednej z tych spraw pani Madina wystąpiła do szkoły z prośbą o przyjęcie jej 8-letniej córki. Szkoła w L. odmówiła jej prośbie, nie informując nawet pani Madiny o powodach takiej decyzji. Innej rodzinie szkoła jako powód odmowy przyjęcia dziecka podała brak zameldowania dziecka w Polsce.

Diagnoza stanu prawnego

Konstytucja RP w art. 32 stanowi, iż wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym ani gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. W art. 70 ust. 1 daje każdemu prawo do nauki oraz określa, że jest ona obowiązkowa do 18. roku życia. Sformułowanie „każdy” oznacza także cudzoziemca, znajdującego się na terytorium naszego kraju. Prawo do nauki oznacza, że nikomu, kto chce się uczyć, a nie ukończył 18 lat, nie wolno odmówić tego prawa, a na organach państwa ciąży obowiązek zapewnienia odpowiednich ku temu możliwości. Ponadto zgodnie z art. 70 ust. 4 Konstytucji władze publiczne mają obowiązek zapewnić obywatelom powszechny i równy dostęp do wykształcenia. W tym celu muszą stworzyć i wspierać systemy indywidualnej pomocy finansowej oraz organizacyjnej dla uczniów i studentów.

Konwencja o Prawach Dziecka⁵⁴ w art. 22 zwraca szczególną uwagę na dzieci, które zostały uznane za uchodźców bądź ubiegają się o taki status. Zaleca ona, by dzieci te otrzymały odpowiednią ochronę, przewidzianą przepisami Konwencji. Jednym z jej przejawów jest zapewnienie prawa do nauki (art. 28).

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty⁵⁵ na osoby, które nie ukończyły 18 lat, nałożony jest obowiązek nauki. Obowiązkowi szkolnemu podlegają wszystkie dzieci aż do ukończenia gimnazjum, znajdujące się na terytorium RP, niezależnie od ich statusu prawnego, a więc także cudzoziemcy – niezależnie od tego nawet, czy znajdują się w Polsce legalnie, czy też nielegalnie. Przepis art. 94a ust. 1 tej ustawy określa, że osoby niebędące obywatelami polskimi korzystają z nauki i opieki w publicznych przedszkolach, a podlegające obowiązkowi szkolnemu korzystają z nauki i opieki w publicznych szkołach podstawowych, gimnazjach, publicznych szkołach artystycznych oraz w placówkach, w tym pla-

⁵³ W 2010 r. zostały zmienione przepisy oświatowe. Obecnie nie przewiduje się instytucji egzaminu kwalifikacyjnego przed przyjęciem dziecka do określonej klasy.

⁵⁴ Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

⁵⁵ Dz. U. z 2004 r., Nr 256, poz. 2572 z późn. zm.

cówkach artystycznych, na warunkach dotyczących obywateli polskich⁵⁶. Art. 94a ust. 4 ustawy stanowi, iż cudzoziemcy podlegający obowiązkowi szkolnemu, którzy nie znają języka polskiego albo znają go na poziomie niewystarczającym do korzystania z nauki, mają prawo do dodatkowej, bezpłatnej nauki języka polskiego. Obowiązek jej zorganizowania spoczywa na gminie właściwej ze względu na miejsce zamieszkania dzieci.

Odmowa przyjęcia do szkoły, bezczynność szkoły oraz gminy w zapewnieniu cudzoziemskim dzieciom lekcji języka polskiego oraz dodatkowej pomocy pedagogicznej stanowi zatem naruszenie ww. przepisów i jako takie jest działaniem o charakterze dyskryminującym. Nie zdarza się bowiem, by polskim dzieciom szkoła odmówiła przyjęcia w poczet uczniów lub aby nauczyciel nie pracował z nimi na lekcjach.

Podjęte działania

Stowarzyszenie Interwencji Prawnej zwróciło się do Mazowieckiego Kuratora Oświaty z prośbą o interwencję u Burmistrza gminy W. i podjęcie działań, mających na celu umożliwienie Zairze kontynuowania edukacji, objęcie ich specjalnym nadzorem pedagogicznym oraz zapewnienie lekcji języka polskiego. Pismo zostało również przekazane do wiadomości Burmistrza W.

Stowarzyszenie otrzymało od Mazowieckiego Kuratora Oświaty pismo informujące o podjęciu interwencji, w wyniku której obie dziewczynki zostały przyjęte do technikum (choć innego niż to, do którego zdawały). Ponadto Mazowiecki Kurator Oświaty wystosował pismo do Burmistrza, przypominające o obowiązku przestrzegania przepisów ustawy o systemie oświaty i zapewnienia cudzoziemskim dzieciom lekcji języka polskiego.

Odpowiednie pisma zostały także skierowane do dyrekcji wszystkich szkół, które odmówiły przyjęcia dzieci cudzoziemców.

Skutek podjętych działań

W wyniku podjętych działań wszystkie dzieci, w obronie których działało Stowarzyszenie, zostały przyjęte do szkół. Zgodnie z zapewnieniem Burmistrza W., dzieci cudzoziemskie uczęszczające do szkół w W. mają teraz zapewnione bezpłatne lekcje polskiego.

⁵⁶ Szczegółowo uregulowane jest to w rozporządzeniu Ministra Edukacji Narodowej z dnia 4 października 2001 r. w sprawie przyjmowania osób niebędących obywatelami polskimi do publicznych przedszkoli, szkół, zakładów kształcenia i placówek (Dz. U. z 2001 r., Nr 131, poz. 1458). Od kwietnia 2010 r. obowiązują nowe, choć bardzo podobne przepisy: rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 1 kwietnia 2010 r. w sprawie przyjmowania osób niebędących obywatelami polskimi do publicznych przedszkoli, szkół, zakładów kształcenia nauczycieli i placówek oraz organizacji dodatkowej nauki języka polskiego, dodatkowych zajęć wyrównawczych oraz nauki języka i kultury kraju pochodzenia (Dz.U. z 2010 r., Nr 57, poz. 361).

Wnioski

Należy jeszcze raz podkreślić, że wszystkie dzieci, przebywające w Polsce, niezależnie od obywatelstwa, mają obowiązek chodzić do szkoły⁵⁷. Szkoła nie może odmówić przyjęcia żadnego ucznia. Ponadto uczniowie, którzy nie znają języka polskiego w stopniu dostatecznym do uczestnictwa w zajęciach lekcyjnych, w pierwszym roku przebywania w Polsce mają prawo do dodatkowych zajęć z języka polskiego, dodatkowych zajęć wyrównawczych oraz do opieki ze strony specjalnego asystenta nauczyciela, finansowanych ze środków gminy, na terenie której chodzą do szkoły⁵⁸. Szkoda, że wyżej opisane prawa dzieci są przestrzegane dopiero, gdy zainterweniuje jakiś podmiot – organ przełożony (np. Kuratorium) czy organizacja pozarządowa.

4.15. Nierówny dostęp dzieci cudzoziemców do opieki zdrowotnej

Stan faktyczny

Stowarzyszenie, biorąc udział w projekcie badawczym, mającym na celu m.in. przeanalizowanie sytuacji prawnej i faktycznej cudzoziemców w kwestii dostępu do opieki zdrowotnej, doszło do wniosku, że pewne grupy dzieci mają ograniczony dostęp do tych świadczeń, co może stanowić zagrożenie dla ich zdrowia oraz właściwego rozwoju. Sytuacja prawna małoletnich, których rodzice ubiegają się o status uchodźcy, uzyskali już jedną z form ochrony międzynarodowej lub mają zalegalizowany pobyt w Polsce na innej podstawie, nie budzi wątpliwości. Jednak dzieci, których rodzice przebywają na terytorium RP nielegalnie lub których rodzice, mimo odmowy udzielenia ochrony międzynarodowej w pierwszym postępowaniu, powtórnie ubiegają się o nadanie statusu uchodźcy (i nie zostały im przyznane świadczenia socjalne), są w praktyce pozbawione odpowiedniej opieki zdrowotnej.

Diagnoza stanu prawnego

W związku z nowelizacją w maju 2008 r. ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu ochrony na terytorium RP cudzoziemcowi i osobom, w imieniu których (najczęściej współmałżonka i dzieci) składa on kolejny wniosek o przyznanie statusu uchodźcy, nie przysługuje pomoc socjalna ani opieka medyczna. Także cudzoziemcy, w tym dzieci, nielegalnie przebywający na terytorium RP, nie mają prawa do opieki medycznej, z wyjątkiem nagłych sytuacji ratowania życia.

Dzieci, które uczęszczają do szkoły, mają prawo do świadczeń zdrowotnych, ale ograniczone jedynie do świadczeń profilaktycznej opieki zdrowotnej. Zgodnie bowiem z art. 92 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty wszyscy uczniowie (z wyjątkiem uczniów szkół dla dorosłych) objęci są świadczeniami

⁵⁷ Choć warto zaznaczyć, że od połowy 2009 r. wszystkie dzieci mają zapewnioną bezpłatną naukę w polskich szkołach do poziomu ponadgimnazjalnego.

⁵⁸ Por. W. Klaus, *Prawo cudzoziemców do edukacji w Polsce*, w: *Prawne uwarunkowania integracji uchodźców w Polsce. Komentarz dla praktyków*, red. W. Klaus, Warszawa 2006, dostępny na stronie: <http://www.interwencjaprawna.pl/docs/prawo-do-edukacji-05-2010.pdf>.

profilaktycznej opieki zdrowotnej. Z tego wynika, że dzieci podlegające obowiązkowi szkolnemu, tj. w wieku 7–18 lat, niezależnie od tego czy są obywatelami polskimi, czy cudzoziemcami (przebywającymi w Polsce legalnie lub nielegalnie) mają prawo do opieki zdrowotnej ze strony lekarza podstawowej opieki, dentysty i pielęgniarki. Jest to jednak bardzo ograniczona pomoc medyczna, by nie powiedzieć iluzoryczna, gdyż obecnie niewiele szkół zatrudnia personel medyczny.

Jeżeli chodzi o dzieci do 7. roku życia, tj. do czasu rozpoczęcia realizacji obowiązku szkolnego (nieprzebywające w placówkach pełniących funkcje resocjalizacyjne, wychowawcze lub opiekuńcze albo w domach pomocy społecznej), niepodlegające obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego z innego tytułu (np. z uwagi na to, że rodzice są objęci ubezpieczeniem), podlegają one obowiązkowi ubezpieczenia powszechnego (art. 66 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁵⁹). W takim przypadku zgodę na objęcie ubezpieczeniem musi jednakże wyrazić ośrodek pomocy społecznej (art. 73 pkt 3 ww. ustawy). Pamiętać jednak należy, że w sytuacji, gdy np. rodzice nie przebywają w Polsce legalnie albo złożyli kolejny wniosek o status uchodźcy i nie mają oni prawa do świadczeń, nie mogą korzystać z pomocy ośrodków pomocy społecznej.

Tymczasem zgodnie z art. 24 Konwencji Praw Dziecka państwa uznają prawo dziecka do jak najwyższego poziomu ochrony zdrowia i udogodnień w zakresie leczenia chorób oraz rehabilitacji zdrowotnej i zobowiązały się zapewnić, aby żadne dziecko nie było pozbawione swojego prawa dostępu do tego rodzaju opieki zdrowotnej. Zobowiązanie to w szczególności obejmuje zapewnienie udzielania koniecznej pomocy oraz opieki zdrowotnej wszystkim dzieciom, ze szczególnym uwzględnieniem rozwoju podstawowej opieki zdrowotnej.

Ponadto zgodnie z art. 30 Konstytucji RP przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności oraz praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona są obowiązkiem władz publicznych. Artykuł 68 ust. 3 Konstytucji nakłada na władze publiczne obowiązek zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku. Konstytucja w art. 32 wprowadza także nakaz równego traktowania, który ma szczególne znaczenie w przypadku osób bez polskiego obywatelstwa. Dzieci cudzoziemcy powinny być więc traktowane na równi z dziećmi polskimi. Należy również pamiętać, że dzieci cudzoziemskie, jako osoby słabsze, powinny być objęte szczególną ochroną, mieć zagwarantowane pełne prawo do opieki medycznej, niezależnie od tego, jaki mają w Polsce status prawny i jaki jest status ich rodziców.

Z powyższych regulacji tymczasem wynika, że pewne grupy dzieci cudzoziemskich, nawet tych przebywających pod opieką rodziców, nie mają zapewnionej odpowiedniej pomocy medycznej. Jest to niedopuszczalne z uwagi na szczególną sytuację dzieci, które nie mają możliwości samodzielnego zadbania o swoje zdrowie i życie. Dzieci cudzoziemskie są w wyjątkowo trudnej sytuacji, często bowiem pochodzą z krajów

⁵⁹ Dz. U. z 2004 r., Nr 210, poz. 2135.

o bardzo niskim standardzie usług medycznych, cierpią na przewlekłe, niedoleczone choroby, a do tego przeżywają stres związany z wyjazdem i opuszczeniem domu rodzinnego oraz adaptacją w nowym otoczeniu. W opinii Stowarzyszenia, wszystkie dzieci, niezależnie od ich statusu prawnego w Polsce, do ukończenia 18. roku życia powinny mieć zagwarantowany pełny dostęp do kompleksowej opieki zdrowotnej na zasadach przysługujących osobom ubezpieczonym.

Podjęte działania

Stowarzyszenie wystosowało pismo do Ministra Zdrowia oraz Rzecznika Praw Dziecka, zwracając uwagę na zaistniały problem. Do Ministra zwróciliśmy się z prośbą o zainteresowanie się problemem i szybkie podjęcie odpowiednich działań legislacyjnych, dzięki czemu dzieci cudzoziemcy miałyby pełne prawo do odpowiedniej opieki zdrowotnej w Polsce.

Skutki podjętych działań

Ze strony Rzecznika Praw Dziecka otrzymaliśmy pełne poparcie dla podjętej inicjatywy, bowiem poruszony problem pozostaje także w kręgu jego zainteresowań. Rzecznik również skierował do Ministra Zdrowia wystąpienie, w którym zwrócił się z prośbą o zmianę odpowiednich przepisów prawnych. Z Ministerstwa tymczasem otrzymaliśmy pismo, w którym przywoływane przepisy prawne oraz podnoszone argumenty nie odnoszą się bezpośrednio do kwestii, jaką poruszyliśmy w naszym wystąpieniu.

W kolejnym piśmie podkreśliśmy dodatkowo fakt, że pozbawiając pewne grupy dzieci cudzoziemców dostępu do opieki zdrowotnej, Polska nie realizuje w pełni postanowień Konwencji o Prawach Dziecka Organizacji Narodów Zjednoczonych. Tym samym naraża się na skierowanie skargi do Komitetu Praw Dziecka, który jest organem monitorującym wypełnianie przez państwa postanowień Konwencji, jak również oficjalne poinformowanie Komitetu o niewypełnianiu przez Polskę tych postanowień w zakresie dostępu do opieki medycznej dzieci cudzoziemskich przebywających w Polsce. W przypadku zainteresowania się Komitetu tą kwestią, rząd polski będzie zobowiązany wytłumaczyć się z ew. braków legislacyjnych i niewłaściwej praktyki państwa przy okazji składania okresowego raportu z realizacji postanowień Konwencji.

Warto także wspomnieć o założeniach przyjętych do nowelizacji ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP, przygotowanych w połowie 2010 r. w MSWiA, które zakładają ponowne objęcie wszystkimi świadczeniami, a więc także opieką zdrowotną, wszystkie osoby, które ubiegają się w Polsce o nadanie statusu uchodźcy, niezależnie od tego, który raz aplikują. To właściwe rozwiązanie, zapewniające dzieciom pomoc medyczną. Nie wiadomo jednak, jaki ostatecznie kształt przybierze ta nowelizacja i czy jej przepisy w tym zakresie nie zostaną zmienione.

Wnioski

Z analizy polskich przepisów prawnych oraz praktyki ich stosowania wynika, że pewne grupy dzieci cudzoziemców, nawet tych przebywających pod opieką rodziców, nie mają zapewnionej odpowiedniej pomocy medycznej. Jest to niedopuszczalne z uwagi na szczególną sytuację dzieci, które nie mają możliwości samodzielnego zadbania o swoje zdrowie i życie. Przykre jest, że Ministerstwo Zdrowia zdaje się w ogóle nie dostrzegać tego problemu, a ponadto uważa, że kwestie te nie należą do kompetencji resortu zdrowia.

4.16. Organy ścigania a przestępstwa dyskryminacji rasowej

Stan faktyczny

Do Stowarzyszenia w 2008 i 2009 r. zgłosiło się kilku cudzoziemców, którzy doświadczyli niewłaściwego traktowania ze strony organów ścigania – Policji lub prokuratury. Pan Kilongo, obywatel jednego z krajów afrykańskich, został pobity i okradziony w centrum Warszawy. Napastnicy ubliżali mu i wyzywali go. Pan Kilongo złożył w prokuraturze zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa. Po miesiącu śledztwa sprawa została umorzona. Zachowanie, którego doświadczył cudzoziemiec, zakwalifikowano jako rozbój, tj. czyn z art. 280 § 1 kk.

Pobity i okradziony został także pan Andryi, obywatel Rosji. Sprawcy wyzywali go, używali także wobec obraźliwych epitetów, np. „ty rusku”. Mężczyzna udał się na Policję i chciał złożyć zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa. Policjanci początkowo nie chcieli w ogóle przyjąć zgłoszenia ani przesłuchać pokrzywdzonego. Poradzili mu, by złożył pozew cywilny i na drodze cywilnej dochodził odszkodowania. Kiedy w końcu przyjęli zawiadomienie, nie chcieli wziąć pod uwagę tego, że pan Andryi był wyzywany z powodu swojej narodowości.

Kolejna sprawa dotyczy pana Sallaha, który został dotkliwie pobity. Na miejsce przyjechała Policja, spisała dane sprawców i pokrzywdzonego, po czym kazała panu Sallahowi zgłosić się na komisariat w celu złożenia zeznań. Kiedy następnego dnia pan Sallah przyszedł na komisariat, okazało się, że sprawa nie została zarejestrowana, a policjanci nie chcą go przesłuchać jako pokrzywdzonego. Ponadto funkcjonariusze traktowali go lekceważąco i kazali przyjść z własnym tłumaczem (mimo że cudzoziemiec dobrze mówił po polsku). Dopiero po interwencji przedstawiciela Stowarzyszenia, który osobiście poszedł z cudzoziemcem na Policję, przyjęto zawiadomienie o pobiciu i przesłuchano pana Sallaha.

Z jeszcze innej sprawy z 2010 r. dowiadujemy się, że trzech cudzoziemców zostało niewłaściwie potraktowanych przez funkcjonariuszy Policji, a jeden z nich został bezpodstawnie zatrzymany i umieszczony na noc w celi, mimo że był w sprawie świadkiem, a nie podejrzanym. Wszyscy trzej podczas przesłuchania na komisariacie spotkali się z obelgami, wyzwiskami i poniżającym traktowaniem, naruszona została także ich nietykalność cielesna. Ponadto mężczyźni zwracali uwagę funkcjonariuszom, że obchodzą właśnie Ramadan i postują, nie spożywali pokarmu przez cały dzień i czują się osłabieni, jednak nie pozwolono im nic zjeść, a jednemu cudzoziemcowi w trakcie przesłuchania kazano cały czas stać pod ścianą.

Diagnoza stanu prawnego

Oprócz tego, że powyżej opisane zachowania noszą znamiona przestępstwa pobicia czy rozboju, mogą mieć one dodatkowo także status tzw. przestępstw z nienawiści, czyli takich czynów, w których u podłoża motywacji sprawcy do ich popełnienia leżą uprzedzenia z powodu innej narodowości czy rasy pokrzywdzonego. Zgodnie z kodeksem karnym⁶⁰ odpowiedzialności karnej podlega osoba dopuszczająca się przestępstw dyskryminacji na tle rasowym (art. 119 § 1 k.k.). Zgodnie z tym przepisem, każdy kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. Z uwagi na to, że sprawcy wyzywali i ubliżali swoim ofiarom, zastosować można także art. 216 k.k. (zniewaga). Organy ścigania pominęły jednak przesłankę dyskryminacyjną i zakwalifikowały czyny jedynie jako przestępstwa rozboju. Tymczasem wyżej opisane zdarzenia stanowią kumulację różnych czynów zabronionych przez prawo i tak powinny zostać zakwalifikowane.

Zgodnie z art. 257 k.k. każdy, kto publicznie znieważa grupę ludności albo poszczególną osobę z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości lub z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. W sprawie pana Andryi organ ścigania pominął jednak przesłankę dyskryminacyjną i zakwalifikował czyn jedynie jako „przestępstwo uszkodzenia ciała”. Tymczasem wyżej opisane zdarzenie stanowi kumulację różnych czynów zabronionych przez prawo i tak powinno zostać zakwalifikowane. Gdyby zakwalifikować czyn z art. 119 czy art. 257 k.k., ścigany byłby on w trybie publiczno-skargowym. W tej sytuacji organy ścigania miałyby obowiązek podjęcia odpowiednich działań, gdy istnieje podejrzenie, że mogło dojść do przestępstwa. Trudno też byłoby się wówczas zgodzić ze stwierdzeniem, iż w przedmiotowej sprawie „brak jest interesu społecznego w objęciu ściganiem z urzędu przedmiotowego czynu (...)”.

W ostatniej z opisanych spraw doszło do popełnienia przestępstwa przez policjantów dokonujących czynności przesłuchania, tj. czynów z art. 231 § 1 k.k. w związku z art. 217 § 1 k.k. i art. 119 § 1 k.k. – przekroczenia uprawnień przez funkcjonariuszy publicznych poprzez naruszenie nietykalności cielesnej, stosowanie przemocy i groźby bezprawnej wobec osób z powodu ich przynależności narodowej, dokonanego na szkodę trzech cudzoziemców. Dodatkowo w sprawie jednego z nich – przestępstwa z art. 189 § 1 k.k., tj. pozbawienia wolności na skutek bezprawnego zatrzymania.

W przedstawionych kazusach mamy do czynienia z niewłaściwym zachowaniem funkcjonariuszy policji lub prokuratury. Bagatelizują oni sprawę i wykorzystują fakt, iż pokrzywdzonym jest cudzoziemiec – osoba niewładająca biegle językiem polskim, często nieznająca swoich praw bądź też obawiająca się kontaktów ze służbami mundurowymi. Tym bardziej powinna być ona potraktowana z należytą uwagą i wrażliwością. Poza tym funkcjonariusz nie może po prostu odmówić przyjęcia zawiadomienia o popełnieniu prze-

⁶⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.).

stępstwa lub doradzać, aby ofiara dochodziła swoich praw na drodze cywilnej. Absolutnie niedopuszczalne jest poniżające traktowanie podczas przesłuchania, straszenie, grożenie oraz naruszenie nietykalności cielesnej przesłuchiwanym osobom.

W opinii Stowarzyszenia opisana wyżej praktyka organów ścigania w zakresie kwalifikacji przestępstw rasowych i traktowania cudzoziemców jest niewłaściwa. Samo zachowanie funkcjonariuszy może zostać uznane za dyskryminację z ww. powodów.

Podjęte działania

W sprawie pana Sallaha Stowarzyszenie Interwencji Prawnej interweniowało i doprowadziło do przyjęcia zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa. W sprawie pana Kilongo z uwagi na upływ terminu niemożliwe było złożenie zażalenia na postanowienie o umorzeniu śledztwa. Dla pana Andryi przygotowano zażalenie na postanowienie prokuratury o umorzeniu postępowania, jak również wystosowano pismo do Prokuratury Krajowej z prośbą o objęcie sprawy nadzorem służbowym. Udzielono mu również wsparcia w trakcie przesłuchań na Policji. W sprawie trzech przesłuchiwanym cudzoziemców złożone zostało zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa oraz wysłano pismo do Pełnomocnika Komendanta Stołecznego Policji ds. Ochrony Praw Człowieka.

Skutek podjętych działań

W wyniku podjętych przez Stowarzyszenie działań w sprawie pana Andryi zaskarżone postanowienie zostało uchylone i sprawa rozpatrywana jest także pod kątem przestępstwa dyskryminacji rasowej. Pokrzywdzony został przesłuchany przez Policję, w celu zbadania wątku rasowego w sprawie. W związku z trudnościami z ustaleniem miejsca zamieszkania świadka zdarzenia, którego zeznania byłyby istotne dla sprawy, postępowanie zostało zawieszona. W 2010 r. śledztwo zostało podjęte na nowo. W swoim piśmie Prokuratura Okręgowa przyznała zasadność podnoszonych wcześniej zarzutów dotyczących postępowania („badanie akt wykazało zasadność Pana zarzutów oraz niesłuszność zawieszenia śledztwa”) oraz poinformowała, że sprawa objęta jest ich zwierzchnim nadzorem służbowym. Pan Andryi miał też trudności z uzyskaniem kopii protokołu przesłuchania i dopiero w wyniku interwencji Stowarzyszenia otrzymał jego odpis. W sprawie przesłuchiwanym cudzoziemców śledztwo zostało wszczęte przez Prokuraturę.

Wnioski

Niezależnie od tego, czy pokrzywdzonym jest Polak, czy osoba innej narodowości, rasy lub o odmiennym pochodzeniu etnicznym, jej prawa powinny być respektowane. Jeżeli na Policję lub do prokuratury zgłasza się ofiara przestępstwa, funkcjonariusz ma obowiązek przyjąć zawiadomienie o jego popełnieniu. Niedopuszczalne jest stosowanie przemocy czy groźby podczas przesłuchania świadków i podejrzanych, ich poniżanie albo wyzywanie. Ponadto organy ścigania powinny właściwie kwalifikować czyny noszące zna-

miona tzw. przestępstw z nienawiści. Motywacja sprawcy ma bowiem wpływ na wysokość kary wymierzonej przez sąd (art. 53 § 2 k.k.).

Zachowania noszące znamiona przestępstwa pobicia, naruszenia czynności narządu ciała czy rozboju mogą mieć dodatkowo także status tzw. przestępstw motywowanych nienawiścią, u podłoża których leży inna narodowość czy rasa pokrzywdzonego. W przypadku pana Andryi doszło do kumulacji bezprawnych czynów, gdyż pobicie było motywowane nienawiścią narodowościową i postępowanie powinno być prowadzone przy uwzględnieniu tej przesłanki. Niepokojący jest fakt, że postępowanie trwa już blisko dwa lata, a wciąż nie znaleziono sprawcy pobicia i nie skierowano przeciwko niemu aktu oskarżenia.

4.17. Reklama papy asfaltowej „Czarna Mamba”

Stan faktyczny

W jednym z miast wojewódzkich w Polsce przez dłuższy okres czasu na autobusie komunikacji miejskiej widniała reklama papy asfaltowej „Czarna Mamba”. Widać na niej kobietę rasy czarnej, nazwę firmy i produktu. Na stronie internetowej agencji, która wykonała reklamę, dostępna była bogata dokumentacja i zdjęcia reklamy.

Diagnoza stanu prawnego

Polskie prawo zabrania dyskryminacji m.in. ze względu na rasę, narodowość czy pochodzenie etniczne. Także Unia Europejska nakłada na Polskę obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania. Artykuł 32 Konstytucji RP stanowi, iż wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym ani gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. Polski kodeks karny penalizuje czyny noszące znamiona przestępstw dyskryminacji rasowej i przestępstw tzw. „mowy nienawiści” oraz zniewagi. Jeśli naruszone zostały dobra osobiste, np. godność, cześć lub dobre imię, osoba fizyczna lub prawna dopuszczająca się takiego naruszenia może zostać pozwana do sądu, który może z kolei zasądzić odszkodowanie na rzecz poszkodowanego. Ponadto, zgodnie z art. 4 Kodeksu Etyki Reklamy⁶¹, reklamy nie mogą zawierać treści dyskryminujących, w szczególności ze względu na rasę, przekonania religijne, płeć lub narodowość. W opinii Stowarzyszenia reklama „Czarna Mamba” poprzez operowanie skojarzeniem „czarny – asfalt” zawierała w sposób jednoznaczny treści dyskryminujące i naruszała prawa osób o innej rasie.

Podjęte działania

Wystosowane zostały pisma do agencji reklamowej, która wykonała projekt, oraz firmy posiadającej prawa autorskie do reklamy z prośbą o usunięcie reklamy z autobusu. O sprawie poinformowane zostało także

⁶¹ Dostępny na <http://www.radareklamy.org/jednolity-tekst-kodeks-etyki-reklamy.htm>.

MSWiA – Zespół do Spraw Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii oraz Pełnomocniczka Rządu ds. Równego Traktowania. Agencja usunęła ze swojej strony internetowej zdjęcia oraz informacje nt. dyskryminującej reklamy, natomiast właściciel reklamy poinformował Stowarzyszenie, że nie widzi podstaw, by uznać reklamę za dyskryminującą. Stowarzyszenie zwróciło się do MSWiA i Pełnomocniczki ds. Równego Traktowania o podjęcie działań oraz interwencję w tej sprawie.

Skutek podjętych działań

W odpowiedzi na pismo Stowarzyszenia MSWiA zwróciło się z wnioskiem do Komendanta Wojewódzkiego Policji o podjęcie stosownych działań w tej sprawie. Prokuratura Rejonowa wydała postanowienie o odmowie wszczęcia dochodzenia wobec stwierdzenia, iż umieszczenie na autobusie reklamy papy asfaltowej i opatrzenie jej wizerunkiem czarnej kobiety nie stanowi przestępstwa. Następnie Komendant Policji poinformował MSWiA i Stowarzyszenie, iż co prawda odmówił wszczęcia postępowania, jednakże reklama została usunięta z autobusu.

Wnioski

Reklama „Czarna Mamba” miała charakter dyskryminujący i mogła naruszać godność oraz uczucia osób o czarnym kolorze skóry z uwagi na to, że jej przedmiotem była papa asfaltowa. Skojarzenie „Murzyn” i „asfalt” ma bowiem jednoznacznie pejoratywne znaczenie i jest obraźliwe dla osób o czarnym kolorze skóry. Co prawda organy ścigania były odmiennego zdania, jednak dobrze się stało, iż na skutek naszej interwencji reklama przynajmniej zniknęła z przestrzeni publicznej.

5. Dyskryminacja cudzoziemców – analiza zjawiska

W podsumowaniu raportu Instytutu Polityki Społecznej Uniwersytetu Warszawskiego z 2003 r., którego celem była diagnoza zjawiska dyskryminacji wobec cudzoziemców, znajdujemy stwierdzenie, iż „teza o ewentualnej dyskryminacji legalnych imigrantów na rynku pracy i w systemie edukacji w Polsce nie znajduje jednoznacznego potwierdzenia”⁶². Wytlumaczenie takiej diagnozy może wynikać stąd, iż badacze opierali się w przeważającej większości na danych statystycznych. Obecnie, analizując powierzchownie te same dane, można byłoby także postawić podobną diagnozę. Przeczą jej natomiast inne informacje – wyniki różnych badań lub opis przedstawionych powyżej przypadków, w których, naszym zdaniem, doszło do naruszenia praw cudzoziemców poprzez stosowanie wobec nich praktyk dyskryminacyjnych. Działania takie nie wydają się incydentalne – kazusy pokazują jedynie ich przykłady, których większość stanowi problem systemowy. Praktyki te można podzielić na trzy podstawowe grupy:

– źle sformułowane przepisy, które w pośredni sposób dyskryminują cudzoziemców;

⁶² *Krajobraz dyskryminacji II...*, s. 85.

- dyskryminujące praktyki – czyli nieprawidłowe działania urzędów publicznych, które noszą cechy dyskryminacji;
- dyskryminujące zachowania, świadczące o niechęci Polaków do cudzoziemców, w tym czasem także urzędników.

Pierwsza grupa działań dyskryminujących odnosi się do **niewłaściwie sformułowanych przepisów**. W związku z małym napływem migrantów do Polski, projektodawcy aktów prawnych w trakcie procesu legislacyjnego nie zastanawiają się, czy tworzone rozwiązania mogą niekorzystnie wpłynąć na cudzoziemców. Przepisy te nie są zatem aktem złej woli, a raczej cały czas jeszcze niewielkiej skali problemu, szczególnie z punktu widzenia pracowników ministerialnych. Tak było z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej – podczas implementacji dyrektyw UE wprowadzono wymagane przez prawo wspólnotowe rozwiązania, jednak nie zastanowiono się nad tym, czy nie powinny być one rozciągnięte na inne kategorie cudzoziemców, którzy legalnie przebywają w Polsce. W ten sposób uprawnieniami nie objęto małżonków obywateli polskich. Podobnie ma się rzecz z rozporządzeniem w sprawie wykonywania pracy przez cudzoziemców bez konieczności uzyskania zezwolenia na pracę. Źle sformułowany przepis spowodował, iż cudzoziemcy – absolwenci stacjonarnych studiów doktoranckich ukończonych w Instytutach należących do Polskiej Akademii Nauk – byli zmuszeni ubiegać się o zezwolenie na pracę. Pozytywne jest jednak to, iż błędy te zostały już usunięte.

Także w innych dwóch opisywanych powyżej przypadkach obowiązku meldunkowym i związanym z nim nadawaniem numeru PESEL oraz praktyce urzędów stanu cywilnego nastąpiły zmiany na lepsze, choć obecna praktyka nadal stwarza cudzoziemcom pewne ograniczenia. W pierwszym z nich w związku z faktyczną niemożnością uzyskania zameldowania, wynikającą z niechęci wynajmujących, uniemożliwia się cudzoziemcom wyrobienie numeru PESEL. Problem ten nie dotyczy żadnego Polaka, natomiast jest ogromną trudnością dla cudzoziemców. Co prawda mogą oni już teraz łatwiej uzyskać numer PESEL za pośrednictwem urzędów pracy, jednak nie dla każdego jest to rozwiązanie – numer PESEL potrzebny jest również do innych celów, nie tylko do podjęcia zatrudnienia. Problem zameldowania pojawił się też w sprawie odmowy możliwości ubiegania się przez cudzoziemkę o mieszkanie komunalne – z uwagi na brak stałego meldunku nie mogła starać się o lokal z zasobów miasta, mimo spełniania pozostałych warunków oraz bardzo trudnej sytuacji rodzinnej i zdrowotnej. Warto dodać, że także Rzecznik Praw Obywatelskich w swoich wystąpieniach sygnalizował problemy, jakie stwarza dla pewnych grup obowiązek meldunkowy (np. dla bezdomnych)⁶³. Mimo powstających od kilku lat planów zniesienia tego wymogu, wciąż on obowiązuje i stwarza bariery w dostępie do różnych dóbr. W drugim przypadku zauważalnej poprawie uległa praktyka urzędów

⁶³ *Biała Księga – Raport o wybranych działaniach Rzecznika Praw Obywatelskich V kadencji w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji w okresie od 15 lutego 2006 r. do 9 kwietnia 2010 r.*, Warszawa 2010, <http://www.rpo.gov.pl/pliki/12792051450.pdf>.

stanu cywilnego – po interwencjach w MSWiA mniej jest przypadków niewłaściwego traktowania spraw cudzoziemskich.

Negatywnie należy ocenić stanowisko organów administracyjnych i argumentację WSA w kwestii świadczeń rodzinnych oraz obowiązku przedstawienia zaświadczenia o śmierci współmałżonka, by móc ubiegać się o dodatek do zasiłku w związku z samotnym wychowywaniem dzieci. To, co Polakom prawdopodobnie nie stwarza większych problemów, dla uchodźców jest dokumentem nie do uzyskania. Pochodzą oni bowiem z krajów o niestabilnej sytuacji, więc często takich dokumentów po prostu się tam nie wydaje, albo współmałżonek zginął w wyniku działań wojennych, więc dokumentów również brak. Nawet jeżeli potencjalnie informacje takie istnieją, to dana osoba nie może zwrócić się do państwa pochodzenia, bowiem ujawniłaby, gdzie się znajduje, a to mogłoby narazić na niebezpieczeństwo zarówno ją samą, jak i jej rodzinę, która pozostała w kraju⁶⁴. Tak więc *de facto* pozbawia się uchodźców, znajdujących się i tak w trudnej sytuacji materialnej, tego dodatkowego wsparcia.

Oczywiście ustawodawca nie zaprojektował przepisów ustaw tak, by celowo dyskryminowały cudzoziemców, jednak w praktyce okazało się, że mogą zostać uznane za dyskryminację pośrednią. Istnieje więc pilna potrzeba zmiany tego stanu rzeczy.

Dyskryminujące praktyki, polegające na nieprzychylnym czy często nawet **błędnym stosowaniu przepisów przez urzędników**, są najczęstszymi zjawiskami, z jakimi spotykamy się w Polsce w zakresie dyskryminacji cudzoziemców. Wynikają one, jak się wydaje, z dwóch podstawowych przyczyn: nieznajomości przepisów i niewiedzy, czy rozwiązania obowiązujące w przypadku obywateli polskich mogą być stosowane wobec cudzoziemców, oraz z braku odwagi do podjęcia „niestandardowej” decyzji. W przypadku wątpliwości natury prawnej urzędnik bowiem najczęściej odmawia podjęcia jakichkolwiek działań (często w nieformalny sposób, bez wydania jakiegokolwiek decyzji na piśmie) lub podejmuje decyzję maksymalnie zachowawczą, będącą najczęściej niekorzystną dla cudzoziemca. Tak jest np. w opisanych powyżej urzędach stanu cywilnego. Wydaje się, że podobne powody mogły leżeć u podstaw działania spółdzielni mieszkaniowej oraz praktyki pracowników Ośrodków Interwencji Kryzysowej.

Inna jest już prawdopodobnie sytuacja w zakresie edukacji. Tam nieznajomość przepisów przez część z dyrektorów szkół czy urzędników edukacyjnych w gminie wydaje się łączyć z problemami natury finansowej oraz brakiem metodycznego wsparcia dla szkół, które przyjmują dzieci cudzoziemców. Są to bowiem uczniowie wymagający: nie znają języka, zaniżają więc poziom nauki (co wpływa na pozycję szkoły w rankingach), potrzebują pomocy w przyswojeniu materiału, wprowadzają konieczność posiadania wiedzy z

⁶⁴ Zwrócenie się o takie dokumenty mogłoby także zostać uznane za „dobrowolne przyjęcie ochrony swego państwa” i w konsekwencji prowadzić nawet do odebrania ochrony międzynarodowej.

zakresu wielokulturowości, wymagają także często pomocy psychologa⁶⁵. Trzeba jednak dodać, że sytuacja w zakresie przyjmowania dzieci uchodźczych do polskich szkół oraz ich praw w zakresie edukacji ulega znaczącej poprawie. Obecnie mamy do czynienia z pojedynczymi takimi przypadkami, w których pojawiają się problemy, podczas gdy jeszcze w 2005 r. połowa dzieci mieszkających w ośrodkach dla uchodźców nie chodziła do szkół⁶⁶. Teraz największym problemem jest edukacja gimnazjalna, a szczególnie ponadgimnazjalna, oraz pomoc nauczycielom w pracy z takimi dziećmi⁶⁷.

Zagadnieniem, które trudno jednoznacznie wyjaśnić, jest problem niewydawania na czas kart pobytu cudzoziemcom. Pojawia się on zarówno w Urzędzie ds. Cudzoziemców, jak również w niektórych urzędach wojewódzkich. W związku z tymi działaniami cudzoziemcy przebywają w Polsce bez żadnego dokumentu poświadczającego ich tożsamość lub legalność pobytu, co może ich narazić (i często naraża) na dodatkowe trudności oraz nieprzyjemności, łącznie z zatrzymaniem przez policję na komisariacie „do wyjaśnienia”. Wydaje się, że są to problemy natury systemowej – funkcjonowania urzędów, braku środków na zatrudnienie dodatkowych urzędników czy zakup niezbędnego sprzętu⁶⁸. Pokazują one, że prawa cudzoziemców nie są traktowane przez polskie władze nie tylko priorytetowo, ale nawet z należytą powagą i odpowiedzialnością.

Innym problemem (także opisanym powyżej) jest zagadnienie przestępstw motywowanych nienawiścią (*hate crimes*). Problematyka ta jest w Polsce poruszana w literaturze przedmiotu⁶⁹, jednak dane statystyczne w tym zakresie są bardzo skąpe. Wymiar sprawiedliwości w zasadzie bardzo rzadko podejmuje działania zmierzające do zakończenia sprawy o przestępstwo z tej kategorii. Choć trzeba też pokazać drugą stronę – takie zachowania nieczęsto są w ogóle zgłaszane na Policję – z powodu obawy części cudzoziemców przed tą formacją (wyniesioną z kraju pochodzenia) czy z powodu nielegalności przebywania w Polsce.

⁶⁵ Więcej na temat edukacji dzieci uchodźców patrz: A. Kosowicz, *Access to Quality Education by Asylum-Seeking and Refugee Children. Poland country report*, Warszawa 2007, dostępny na stronie: <http://www.forummigracyjne.org/pl/aktualnosci.php?news=91&wid=22>.

⁶⁶ por. A. Jasiakiewicz, W. Klaus, *Realizacja obowiązku szkolnego przez małoletnich cudzoziemców, przebywających w ośrodkach dla uchodźców. Raport z monitoringu*, „Analizy, Raporty, Ekspertyzy Stowarzyszenia Interwencji Prawnej” 2006, nr 2.

⁶⁷ Robią to obecnie głównie organizacje pozarządowe – patrz działania Polskiej Akcji Humanitarnej opisane na stronie: www.uchodzcydoszkoly.pl oraz projekt Stowarzyszenia Interwencji Prawnej, wprowadzający asystentkę czeceńską do szkoły. Więcej na ten temat: A. Chrzanowska, *Asystent kulturowy – innowacyjny model pracy w szkołach przyjmujących dzieci cudzoziemców*, „Analizy, Raporty, Ekspertyzy Stowarzyszenia Interwencji Prawnej” 2009, nr 5.

⁶⁸ O problemach w tym zakresie pisze np. Wojewoda Mazowiecki w swoim sprawozdaniu – patrz: *Sprawozdanie z działalności Wojewody Mazowieckiego w roku 2007*, część II, s. 84.

⁶⁹ por. w: *Przemoc motywowana uprzedzeniami. Przestępstwa z nienawiści*, red. A. Lipowska-Teutsch, E. Ryłko, Kraków 2007, a szczególnie artykuły: Moniki Serkowskiej i Anny Lipowskiej-Teutsch, *Postępowanie policji wobec przestępstw z nienawiści* oraz Anny Lipowskiej-Teutsch, *Sprawy przestępstw z nienawiści*; raport Stowarzyszenia „Nigdy Więcej” oraz organizacji Opferperspektive: *Monitoring Hate Crimes and Victim Assistance in Poland and Germany*, Berlin 2008 – dane w nim podane wskazują jednak, że cudzoziemcy nie padają najczęściej ofiarami tego typu przestępstw – jednak warto zaznaczyć, że dane te były zbierane przez samo Stowarzyszenie w tzw. Brunatnej Księdze. Informacje o różnych przestępstwach tego typu, w tym szczegółowe dane statystyczne przytacza Agnieszka Mikulska, *Ksenofobia i dyskryminacja na tle etnicznym w Polsce – zarys sytuacji*, Warszawa 2008.

Problemem jest także niewłaściwe kwalifikowanie przestępstw, pomijanie przez organy ścigania „przesłanki dyskryminującej” i lekceważenie kwestii motywacji sprawcy przestępstwa⁷⁰.

Zagadnienie, które nie zostało opisane wyżej w formie przypadków, a jest niezwykle istotne, to brak dostępności różnego rodzaju informacji w językach zrozumiałych dla cudzoziemców. W 2009 r. Stowarzyszenie przeprowadziło ewaluację funkcjonowania Wydziału Spraw Cudzoziemców Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego oraz instytucji wsparcia społecznego Miasta Stołecznego Warszawy w zakresie właściwej realizacji praw przymusowych migrantów⁷¹, z której wynika, że urzędnicy często nie posługują się językiem angielskim lub rosyjskim nawet w stopniu komunikatywnym. Podstawowe informacje nie są tłumaczone na inne języki, a obcokrajowcy niejednokrotnie czują się niedoinformowani i zagubieni w urzędach. Problemy komunikacyjne zgłaszali też studenci obcokrajowcy Rzecznikowi Praw Obywatelskich, który zwracał się w tej sprawie m.in. do Urzędu do Spraw Cudzoziemców, Policji, Kuratorium Oświaty czy Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego⁷².

Wreszcie trzeci rodzaj dyskryminacji, z jakim się możemy zetknąć, to **dyskryminujące zachowania**. Polska jest krajem stosunkowo jednolitym pod względem etnicznym. Dopiero w ostatnich latach możemy zaobserwować coraz większy napływ do naszego kraju cudzoziemców, jednak nadal stanowią oni bardzo niewielki procent społeczeństwa i zazwyczaj zamieszkują w największych miastach, szczególnie w Warszawie. W mniejszych miejscowościach, w których mieszkają cudzoziemcy, postawa Polaków wobec nich jest zdystansowana – nie zawierają z nimi znajomości i chcą, by mieszkali w odizolowanych miejscach. Na takie traktowanie zwracają uwagę także sami uchodźcy – mówią w wywiadach, że praktycznie nie mają kontaktów z Polakami, pomimo chęci ich nawiązania⁷³. Ogólnie jednak w badaniach CBOS widać tendencję pozytywną – na przestrzeni 14 lat (pomiędzy rokiem 1993 a 2007) zmniejsza się liczba postaw niechętnych wobec cudzoziemców (jednak cały czas kraje wschodnie są mniej lubiane i odsetek osób deklarujących niechęć, np. do Wietnamczyków wynosi 41%, Rosjan 46%, a Arabów 55%)⁷⁴. Podobne nastroje ujawnia także najnowszy sondaż CBOS-u ze stycznia 2010 r., o którym była wcześniej mowa.

W opisywanych powyżej przypadkach w jednym przypadku mieliśmy do czynienia ewidentnie z niechęcią wspólnoty mieszkaniowej wobec cudzoziemca, który wynajął lokal na prowadzenie działalności gospodarczej. Mediacji nie podjął się dysponent lokalu – urząd dzielnicy, który raczej starał się nie zauważać pro-

⁷⁰ Więcej na temat przestępstw popełnianych na tle rasowym patrz: A. Mikulska, *Rasizm w Polsce. Raport z badań wśród osób, które doświadczyły przemocy ze względu na swoje pochodzenie etniczne, rasowe lub narodowościowe*, Warszawa 2010.

⁷¹ *Urząd przyjazny dla każdego. Ewaluacja funkcjonowania Wydziału Spraw Cudzoziemców Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego*, red. W. Klaus, Warszawa 2009 oraz *Ewaluacja funkcjonowania instytucji wsparcia m. st. Warszawy w zakresie właściwej realizacji praw przymusowych migrantów*, red. W. Klaus, J. Frelak, Warszawa 2010.

⁷² Por. *Biała Księga, op.cit.*

⁷³ *Uchodźcy w oczach mieszkańców Warszawy i Góry Kalwarii. TNS OBOP dla Polskiej Akcji Humanitarnej*, Warszawa 2008, s. 28; K. Gracz, *Przymusowe migracje a perspektywy wielokulturowości w Polsce*, w: A. Chrzanowska, K. Gracz, *Uchodźcy w Polsce. Kulturowo-prawne bariery w procesie adaptacji*, Warszawa 2007, s. 103 i nast.

⁷⁴ *Sympatia i niechęć do innych narodów. Komunikat z badań*, Warszawa, 2007, s. 5.

blemu. Z podobnymi zjawiskami spotykamy się, kiedy rozmawiamy z osobami pracującymi z uchodźcami i usiłującymi wynająć dla nich mieszkania – wynajmujący często nie chce lokatora/najemcy ze wschodu lub z Afryki⁷⁵. Często także pojawiają się problemy w małych społecznościach lokalnych, w których powstaje nowy ośrodek dla uchodźców – mieszkańcy, czasem bardzo czynnie, sprzeciwiają się lokowaniu takich placówek na swoim terenie lub dążą do ich likwidacji⁷⁶. Kwestie mieszkaniowe w ogóle są ogromnym problemem dla cudzoziemców. Opisana wyżej praktyka i argumentacja niektórych wydziałów lokalowych w kwestii uzyskania lokalów komunalnych jest absolutnie niedopuszczalna i powoduje, iż cudzoziemcy napotykają na ograniczenia w dostępie do tańszych mieszkań.

Ciekawą sprawą w 2009 r. był przypadek dyskryminującej reklamy, która poprzez zestawienie czarnej kobiety z papą asfaltową stała się obraźliwa i mogła naruszać dobra osobiste osób o innym kolorze skóry. Niestety, pismo otrzymane od kancelarii prawnej firmy – właściciela praw do reklamy – pokazuje, jak niska jest świadomość zagadnienia dyskryminacji nawet wśród prawników. Dobrze jednak, że w końcu reklama zniknęła z autobusu, mimo odmowy przez prokuraturę wszczęcia oficjalnego śledztwa i zlekceważenia problemu przez samą firmę.

Jeden z podanych powyżej przypadków, opisujących kilka spraw, odnosi się do problematyki zatrudnienia i dyskryminacji w tym zakresie. Co ważne, to cudzoziemcy sami zasygnalizowali problem dyskryminacji w miejscu pracy i zdecydowali się na skierowanie sprawy na drogę sądową. Jest to jednak rzadki przypadek. Z badań Instytutu Spraw Publicznych wynika, że migranci ekonomiczni rzadko skarżyli się na dyskryminacyjne podejście pracodawcy⁷⁷. Związane może być to z faktem, że niechętny pracodawca nie zadawałby sobie tak dużo trudu, by sprowadzić cudzoziemskiego pracownika. Słusznie jednak Agnieszka Mikulska zwraca uwagę na niezwykle istotny czynnik „dla oceny zjawiska dyskryminacji, (...) jakim jest brak świadomości bycia ofiarą dyskryminacji, czy też wręcz zgoda na taką sytuację. Dotyczy to w szczególności migrantów z krajów uboższych niż Polska – zarówno tych pracujących legalnie, jak i nielegalnie. Zazwyczaj warunki ich pracy i płacy są gorsze niż Polaków, nie przestrzegają ich praw pracowniczych oraz zasad bezpieczeństwa. Jednak dysproporcje między zarobkami w ich własnych krajach a w Polsce są wciąż na tyle duże, że i tak wolą oni pracować tutaj”⁷⁸. Z drugiej strony, wyniki badań nad uchodźcami wskazują, że nierzadko spotykają się oni z odmową zatrudnienia tylko z tego powodu, iż są cudzoziemcami (mimo że mogą w Polsce legalnie

⁷⁵ Choć są także obiektywne powody niechęci w wynajmowaniu mieszkań (np. wynikające z wielodzietności rodzin), to często uchodźcy spotykają się także z dyskryminacyjnymi praktykami. Zob. B. Samoraj, M. Bieniecki, *Ocena skuteczności Indywidualnych Programów Integracji. Wyniki badań przeprowadzonych wśród osób zajmujących się uchodźcami*, w: *Przystanek Polska. Analiza programów integracyjnych dla uchodźców*, red. J. Frelak, W. Klaus, J. Wiśniewski, Warszawa 2007, s. 81–82.

⁷⁶ por. N. Klorek, *Sytuacja Czeczenów w ośrodkach dla uchodźców. Analiza Integracji*, w: *Czeczenni w Polsce. Próba zrozumienia procesów integracyjnych*, red. M. Kulesza, K. Szyniszewska, Warszawa 2008. W 2009 i 2010 r. głośno było o sprawie pomysłu likwidacji ośrodka dla uchodźców w Łomży, forsowanej przez lokalne władze.

⁷⁷ M. Bieniecki, J. Frelak, *Non-Poles on the Polish labour market...*, *op. cit.*, s. 15, 17.

⁷⁸ A. Mikulska, *Ksenofobia i dyskryminacja...*, *op. cit.*, s. 3. Podobne wnioski wynikają z innych badań z udziałem migrantów – por. *Praca przymusowa imigrantów: Przypadek Polski*, red. P. Dąbrowski, Warszawa 2010 (w druku).

pracować bez dodatkowego zezwolenia). W kilku przypadkach zostali także oszukani przez polskich pracodawców⁷⁹. Trudności z zatrudnieniem – jego legalnością, a także z warunkami pracy mają również piłkarze z Afryki, grający w wiodących w Polsce klubach⁸⁰. W opisanych powyżej sytuacjach problemem jest fakt, iż osoby te zazwyczaj nie chcą ze swoją sprawą zgłosić się do sądu (z różnych powodów – na przykład dla piłkarzy byłby to koniec kariery sportowej w naszym kraju) czy też innej instytucji powołanej do ścigania podobnych naruszeń. Od początku 2010 r. do Państwowej Inspekcji Pracy nie wpłynęła ani jedna skarga na dyskryminację z powodu rasy⁸¹. Jedną skargę rozpatrywał w 2007 r. Sąd Najwyższy⁸². Być może powodem może być tu również niechęć lub niezrozumienie zjawiska przez inspektorów PIP⁸³. Jednak dopiero od 2010 r. w PIP rozpoczęto kategoryzowanie spraw o dyskryminację ze względu na jej przyczyny. Obserwować można również zwiększające się zainteresowanie tej instytucji kwestią dyskryminacji w kontekście legalności zatrudniania cudzoziemców – w 2009 r. we wszystkich okręgowych inspektoratach powstały specjalistyczne sekcje i kładzie się nacisk na stały monitoring nielegalnego rynku pracy⁸⁴. Co ważne, tematyka przestrzegania zasady równego traktowania cudzoziemców w zakresie pracy i warunków zatrudnienia jest uwzględniana jako dodatkowy element kontroli legalności zatrudnienia cudzoziemców.

Warto też zwrócić uwagę na jeszcze jeden problem – przywiązania migranta do pracodawcy, u którego pracuje. Obecnie cudzoziemiec otrzymuje pozwolenie na pracę u konkretnego pracodawcy, a nie w ogóle na wykonywanie pracy w danym zawodzie w Polsce. To powoduje, że migranci, nawet jeśli będą źle traktowani, nie skorzystają ze stworzonych przez prawo możliwości, bowiem straciliby w ten sposób pracodawcę, a w konsekwencji także prawo do legalnego pobytu w naszym kraju. Samo ukształtowanie przepisów nie tylko nie zapobiega praktykom dyskryminacyjnym, ale można powiedzieć, że wręcz do nich zachęca.

Należy jeszcze przyjrzeć się bliżej pewnym działaniom urzędników, noszącym cechy zachowań dyskryminujących. Te bowiem są szczególnie naganne. Choć w opisanych sprawach taka sytuacja wprost nie miała miejsca, to wiele przykładów nieprofesjonalnego czy wręcz ksenofobicznego zachowania wypyływa z praktyki lub badań cudzoziemców, np. takie zachowania zdarzają się w urzędach pracy⁸⁵. Są też inne przy-

⁷⁹ A. Maciejko, Z. Olszewska, *Preintegracja i integracja Czeczenów w Polsce – rzeczywistość i rekomendacje*, w: *Migranci na polskim rynku pracy...*, op. cit., s. 103–104; M. Pawlak, N. Ryabinska, *Dlaczego uchodźcy „nie chcą” integrować się w Polsce? Ocena skuteczności programów integracyjnych z punktu widzenia uchodźców*, w: *Przystanek Polska...*, op. cit., s. 112–113.

⁸⁰ Por. np. <http://afryka.org/?showNewsPlus=3230>.

⁸¹ D. Hall, A. Mikulska, *Raport Krajowy 2 2010 o zatrudnieniu, etniczności i migrantach. Polska*, Sieć ekspertów ds. społeczno-ekonomicznych w dziedzinie przeciwdziałania dyskryminacji, lipiec 2010, pkt 25.

⁸² Patrz: A. Mikulska, *Ksenofobia i dyskryminacja...*, op. cit., s. 4, 10–11.

⁸³ Analogicznie, jak w opisywanej w listopadzie 2008 r. przez „Dziennik” sytuacji związanej z molestowaniem seksualnym, w której inspektorzy PIP radzili ofierze, by zmieniła pracę lub przeczekała – patrz:

http://www.dziennik.pl/wydarzenia/article268747/Molestowana_seksualnie_Szefowie_tak_maja.html?service=print

⁸⁴ D. Hall, A. Mikulska, *Raport Krajowy...*, op. cit., pkt 31.

⁸⁵ B. Samoraj, M. Bieniecki, *Ocena skuteczności...*, op. cit., s. 89–90; A. Weinar, *Tak daleko stąd, tak blisko – europeizacja a integracja legalnych imigrantów, uchodźców i repatriantów w Rzeczypospolitej Polskiej*, w: K. Iglicka, *Integracja czy dyskryminacja...*, op. cit., s. 180.

kłady – w jednym z e-maili, jakie otrzymaliśmy w Stowarzyszeniu w 2008 r., klientka tak opisywała pytania, jakie pracownik urzędu wojewódzkiego zadał jej podczas przesłuchania związanego z ustaleniem, czy jej ślub z obywatelem jednego z państw afrykańskich nie był fikcyjny: „ile mąż zapłacił za ślub? kiedy się rozwiedziemy?”. Urzędniczka ponadto wyraziła „żał, bo na pewno [mąż] mnie zostawi i jak mówi, że kocha, to kłamie”. Chyba można te wypowiedzi pozostawić bez komentarza.

Z badań nad polskimi mniejszościami narodowymi i etnicznymi wynika, że ich „liderzy potwierdzają mały zakres bezpośredniej i jawnej dyskryminacji (...), uważają jednocześnie, że istotną polską specyfiką pozostaje dyskryminacja ‘symboliczna’, związana zarówno z ‘mową nienawiści’, jak i z dyskusjami na temat rachunku krzywd z przeszłością (dyskryminacja historyczna)”⁸⁶. Wydaje się, że podobnie jest z cudzoziemcami. Na obraźliwe okrzyki pod swoim adresem skarżą się Afrykańczycy. Ale także Czeczeni się z nimi spotykają – Polacy często wobec nich używają bowiem określenia „ruski”, które nie tylko ma pejoratywny wydźwięk w polskim języku, ale jest jeszcze dodatkowo dotkliwie i obraźliwe dla Czeczenów⁸⁷.

Jest też jeszcze jeden wymiar dyskryminacji – nieuwzględnianie różnic kulturowych i próba traktowania cudzoziemca tak samo, jak Polaków, co *de facto* można uznać za traktowanie odmienne. Chodzi tu o różne elementy, których przestrzeganie nie wymaga wielkiego wysiłku od polskiej strony, natomiast postępowanie niezgodnie z kulturowymi uwarunkowaniami migrantów powoduje często naruszenie ich godności oraz praw⁸⁸. Najbardziej popularnym przykładem będzie w tym zakresie inne traktowanie kobiet-muzułmanek, np. przez lekarzy. Ich kultura i religia nakazuje, że mogą poddać się badaniom prowadzonym jedynie przez kobiety. Niezapewnienie im tego może prowadzić do naruszenia ich prawa do opieki zdrowotnej, bowiem odmawiają poddania się badaniu przez mężczyznę. Niestety niektórzy lekarze te nakazy uznają za „fanaberie”⁸⁹. Podobnie jest w szkołach – tam różnice kulturowe wiążą się np. z uczestnictwem dziewczynek-muzułmanek w lekcjach w-f, czy też z udziałem w tych zajęciach dzieci mużułmańskich w trakcie ramadanu, gdy są osłabione brakiem posiłku⁹⁰.

To prowadzi do jeszcze jednego zagadnienia – tak zwanej dyskryminacji wielokrotnej (krzyżowej). Chodzi tu o sytuację, w której dana osoba jest dyskryminowana dodatkowo, ponieważ jest np. kobietą-migrantką lub też migrantem-homoseksualistą, czyli gdy jedna osoba może podlegać wzmożonej dyskrymi-

⁸⁶ S. Łodziński, *Dyskryminacja czy nierówność. Problemy dyskryminacji osób należących do mniejszości narodowych i etnicznych w Polsce po 1989 roku*, w: *Integracja czy dyskryminacja...*, op. cit., s. 112.

⁸⁷ Por. K. Gracz, *Przymusowe migracje...*, op. cit., s. 170 i nast. O mowie nienawiści w polskiej prasie patrz: *Media lokalne w przeciwdziałaniu dyskryminacji rasowej i etnicznej*, Warszawa 2007 i opublikowane tam artykuły na temat tego zjawiska.

⁸⁸ Ciekawym przykładem takiego myślenia jest rozważanie wpływu kultury na odpowiedzialność karną osób, tzw. *culture* (lub *cultural*) *defence*, np. czy migrant zawierający małżeństwo z osobą małoletnią powinien być karany tak samo, jak inne osoby; podobnie pojawia się pytanie o traktowanie bigamii. Więcej na ten temat patrz: O. Sitarz, *Culture defence a polskie prawo karne*, „Archiwum Kryminologii” 2007, t. XXIX-XXX.

⁸⁹ M. Pawlak, N. Ryabinska, *Dlaczego uchodźcy...*, op. cit., s. 123.

⁹⁰ Por. np. E. Januszewska, *Dzieci uchodźców z Czeczenii w polskiej szkole*, w: *Czeczeni w Polsce...*, op. cit.

nacji ze względu na kumulację cech⁹¹. Wydaje się, że warto zwracać uwagę na te dodatkowo wiktyimizujące okoliczności.

6. Podsumowanie

Praktycznie we wszystkich opisanych powyżej przypadkach mieliśmy do czynienia z działaniami „miękkimi” – związanymi z interwencjami w odpowiednim urzędzie lub u Rzecznika Praw Obywatelskich. Kilka spraw znalazło swój finał w sądzie. Do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie trafiła także ciekawa sprawa uchwały Rady Miejskiej Pruszkowa, której przepisy co prawda same w sobie nie są dyskryminujące, ale ich interpretacja przez urzędników i praktyka stosowania już tak.

Choć omówiona powyżej tzw. dyrektywa rasowa nakłada na państwo obowiązek zapewnienia ochrony ofiarom dyskryminacji rasowej, w Polsce w zasadzie nie została ona implementowana. Jedynym wyjątkiem jest prawo pracy, w którym można znaleźć odpowiednie regulacje, jednak opisaliśmy powyżej praktyczne problemy, jakie wiążą się z ich stosowaniem. W pozostałych wypadkach brakuje jakichkolwiek regulacji, poza prawem cywilnym, które nie jest właściwym rozwiązaniem z punktu widzenia dyrektywy – nie przewiduje bowiem odwrócenia ciężaru dowodu i przerzucenia obowiązku udowodnienia braku dyskryminacji na stronę pozwaną. W niektórych sferach nie ma żadnych uregulowań, np. ochronie zdrowotnej lub w niezwykle istotnej kwestii, jaką jest dostęp do oferowanych publicznie dóbr i usług.

W Polsce brakuje także organu przeciwdziałającego dyskryminacji. Choć mamy kilka instytucji, które działają w tym zakresie (np. Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania, Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Zespół ds. Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii w MSWiA), to żadna z nich oddzielnie, ani nawet wszystkie łącznie nie spełniają wymagań stawianych przez przepisy unijne, szczególnie nie pomagają one ofiarom w zakresie formułowania skarg i nie prowadzą niezależnych badań w tym zakresie. Także kolejny już projekt ustawy o równym traktowaniu nie rozwiązuje wszystkich zgłoszonych powyżej problemów. Mimo powołania Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania i poszerzenia w 2010 r. jego kompetencji⁹², brakuje jednej instytucji odpowiedzialnej za kształtowanie i realizację polityki antydyskryminacyjnej.

Mimo że w ostatnim czasie pojawiło się kilka interesujących opracowań dotyczących zagadnienia dyskryminacji, w Polsce wciąż brakuje pogłębionych badań poświęconych problemowi dyskryminacji na tle rasowym. Trudno więc nawet ustalić skalę zjawiska oraz dokładnie określić jego przejawy, a jest to kluczowe do tworzenia programów oraz strategii przeciwdziałania mu. Brakuje także organizacji świadczących pomoc ofiarom takich praktyk. Jest to dziedzina, na którą zaczęliśmy zwracać uwagę kilka lat temu i już

⁹¹ Więcej na ten temat: S. Fredman, *Podwójny problem: dyskryminacja wielokrotna, a prawo UE*, na stronie: http://www.bezuprzedzen.org/doc/podwojny_problem.pdf.

⁹² Na mocy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 czerwca 2010 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie Pełnomocnika Rządu do spraw Równego Traktowania (Dz. U. z 2009 r., Nr 109, poz. 710) do zadań Pełnomocnika należy m.in. również współpraca międzynarodowa w sprawach związanych z równym traktowaniem.

wiadomo, że jest ona coraz bardziej obecna w Polsce, choćby z uwagi na zwiększony napływ cudzoziemców do naszego kraju.


SUMMARY

The report reflects the Association of Legal Intervention's experience in monitoring cases of discrimination because of race, ethnic origin or nationality. It includes a short overview of Polish anti-discrimination legislation and EC "Race Directive" with critic views on its state of implementation. The report contains over a dozen of cases of discrimination, such as: refusal of admitting foreign children to Polish schools, prolixity of issuing residence (identity) cards for foreigners, refusal of granting social benefits for a Chechen single mother, discriminatory legal regulation in respect of setting up business, obstructions in obtaining Polish identification number – PESEL, refusal of admittance of a foreigner as a cooperative association member, unequal treatment by registry offices, hate crimes and hate speech offences, discrimination and harassment in workplace, unequal treatment in qualifying for municipal housing, advertisement of asphalt/tar paper named "Black Mamba", lack of legal means of granting Polish travel document to foreigners having permit for tolerated stay, verification of legality of stay carried out by the Border Guard during marriage ceremonies, discriminatory legal regulation in respect of obligation to obtain work permit by some Polish Academy of Sciences' graduates. At the end the report presents an analysis of the problem of discrimination of foreigners – third country nationals. The conclusion is that various signs of discrimination in the presented cases have different background. Firstly, in some cases discrimination has its roots in flawed legal regulations – the legislation is discriminatory itself. Secondly, interpretation of some legal regulations by the authorities is sometimes wrong and leads to discrimination. Finally, there were cases of unlawful, discriminatory behavior towards foreigners. A number of cases in which the Association intervened were successfully resolved.

NOTA O AUTORACH

Witold Klaus – doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Kryminologii Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Prezes Stowarzyszenia Interwencji Prawnej, absolwent Szkoły Praw Człowieka Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka; absolwent Podyplomowych Studiów Ewaluacji Programów Społecznych w Instytucie Socjologii UW; koordynator wielu programów, w tym badawczych i monitoringowych, autor publikacji z zakresu praw człowieka, praw cudzoziemców, kryminologii i sprawiedliwości naprawczej.

Katarzyna Wencel – prawniczka, absolwentka Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku oraz podyplomowych studiów w Kolegium Europejskim w Brugii, członkini Stowarzyszenia Interwencji Prawnej, w którym udziela porad prawnych cudzoziemcom, były pracownik Ministerstwa Sprawiedliwości (w Departamencie Współpracy Międzynarodowej).

	<p>Niniejsza analiza napisana została w ramach projektu:</p> <p style="text-align: center;">„Sąsiedzi czy intruzi – badania dyskryminacji cudzoziemców w Polsce”</p> <p>współfinansowanego przez Unię Europejską i budżet Państwa w ramach Europejskiego Funduszu na rzecz Integracji Obywateli Państw Trzecich realizowanego przez Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, Instytut Spraw Publicznych oraz Instytut Socjologii Uniwersytetu Warszawskiego.</p>
---	--

Analizy, Raporty, Ekspertyzy 2010, nr 6 (35); listopad 2010 r.

Komitet redakcyjny: Witold Klaus (przewodniczący), Agnieszka Kwaśniewska, Maria Niełacna, Dagmara Woźniakowska-Fajst.

Stowarzyszenie Interwencji Prawnej
Al. 3 Maja 12 lok. 510
00-391 Warszawa
tel./fax. 22 621-51-65
e-mail: interwencja@interwencjaprawna.pl
www.interwencjaprawna.pl